



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

**SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED
ECONOMIA
“ TULLIO ASCARELLI”**

**DOTTORATO DI RICERCA IN INTEGRAZIONE EUROPEA,
DIRITTO SPORTIVO E GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA –
IUS/08
XXII CICLO**

RICONOSCIMENTO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI FONDAMENTALI: ASPETTI PROBLEMATICI E IPOTESI COMPOSITIVE

Candidato

Dott. Tommaso Pensabene Lioni

Tutor

Ch.ma Prof. Antonella Sciortino

Co-Tutor

Ch.mo Prof. Giovanni Pitruzzella

Coordinatore

Ch.ma Prof. Laura Santoro

BANDO

ANNO ACCADEMICO 2007-2008

INDICE

CAPITOLO I

IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL' ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

1. <i>IL RUOLO DETERMINANTE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE NELL'INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI</i>	P. 6
2. <i>PRINCIPI SUPREMI E DIRITTI INVIOLABILI NELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE</i>	P.18
2.1. <i>IL RICONOSCIMENTO DEI PRINCIPI SUPREMI QUALI PRESUPPOSTI IMMODIFICABILI DEL NOSTRO ORDINAMENTO COSTITUZIONALE</i>	P.18
2.2 <i>L'AFFERMAZIONE DEI DIRITTI INVIOLABILI NELLE PRONUNCIE DEL GIUDICE DELLE LEGGI</i>	P.26
2.3. <i>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</i>	P.35
3. <i>DIRITTI FONDAMENTALI, DIRITTI INVIOLABILI, DIRITTI UMANI: UNA DIVERSIFICAZIONE GIUSTIFICATA?</i>	P.40

CAPITOLO II

IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI
FONDAMENTALI NELL'ORDINAMENTO
COMUNITARIO

<i>1 IL PROCESSO DI AFFERMAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA.....</i>	<i>P. 57</i>
<i>2. NOTAZIONI SULL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI...P.74</i>	
<i>3. IL RICONOSCIMENTO COMUNITARIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI ASSOLUTI.....</i>	<i>P.91</i>
<i>4. LA CARTA DI NIZZA</i>	<i>P.111</i>

CAPITOLO III

LA TUTELA MULTILIVELLO
DEI DIRITTI FONDAMENTALI

<i>1. TERMINI DEL PROBLEMA.....</i>	<i>P. 151</i>
<i>2. IL RUOLO DETERMINANTE DELLA CORTE DI STRASBURGO IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ED IL SUO RAPPORTO CON LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA.....</i>	<i>P.173</i>
<i>3. SINERGIE E CONFLITTUALITA' TRA CORTE DI GIUSTIZIA E CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI</i>	<i>P.206</i>
<i>4. IL COMPLESSO RAPPORTO TRA LA CORTE DI STRASBURGO E LA CORTE DI LUSSEMBURGO.....</i>	<i>P.228</i>

CAPITOLO IV

IL TRATTATO DI LISBONA: UNA TAPPA “DECISIVA” NEL PROCESSO COMUNITARIO DI RICONOSCIMENTO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

1. <i>TERMINI DEL PROBLEMA</i>	P.251
2. <i>CARTA DI NIZZA E TRATTATO DI LISBONA: UNA NUOVA PROSPETTATIVA.</i>	P.257
3. <i>CON IL TRATTATO DI LISBONA LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE ACQUISTA LO STESSO VALORE GIURIDICO DEI TRATTATI</i>	P.260
3.1. <i>EFFETTI</i>	P.260
3.2. <i>ALCUNE AMBIGUITÀ IRRISOLTE</i>	P.278.
4. <i>L'UNIONE EUROPEA ADERISCE ALLA CEDU</i>	P.286
4.1. <i>CONSIDERAZIONI PRELIMINARI</i>	P.286
4.2. <i>EFFETTI</i>	P.291
4.3. <i>TALUNI PROFILI PROBLEMATICI</i>	P.298

CAPITOLO V

DIRITTI FONDAMENTALI E SPORT: IL DIRITTO ALLO SPORT, TRA ESIGENZA SOCIALMENTE RILEVANTE E INTERESSE FONDAMENTALE DELLA PERSONA

1. OGGETTO DELL'INDAGINE	P. 305
2. DIRITTO ALLO SPORT QUALE ESPRESSIONE DEL DIRITTO FONDAMENTALE ALLA SALUTE EX ART.32 COST.	P. 311
3. UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELLO SPORT ALLA LUCE DEGLI ARTT. 2 E 18 COST.....	P. 327
3.1 DIRITTO ALLO SPORT QUALE DIRITTO INVIOLABILE DELL'UOMO EX ART.2 COST.	P. 327
3.2 SPORT E LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE EX ART.18 COST. ..	P. 331
3.3 OSSERVAZIONI FINALI	P.338
4. SPORT E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE	P. 341
4.1 CONSIDERAZIONI PRELIMINARI	P. 341
4.2. ANALISI DI TALUNI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SUL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE DELL'ATLETA STRANIERO ...	P.343
4.2.1. (SEGUE)...A FAVORE DI UN'APPLICAZIONE AMPIA DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE	P.343
4.2.2. (SEGUE)...A FAVORE DI UN' APPLICAZIONE LIMITATA DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE	P.353
4.3 NOTAZIONI FINALI	P.358
5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	P.363
 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	 P.365

CAPITOLO I

IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL' ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

1. *IL RUOLO DETERMINANTE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE NELL'INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI* -2. *PRINCIPI SUPREMI E DIRITTI INVIOLABILI NELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE* - 2.1. *IL RICONOSCIMENTO DEI PRINCIPI SUPREMI QUALI PRESUPPOSTI IMMODIFICABILI DEL NOSTRO ORDINAMENTO COSTITUZIONALE* - 2.2 *L'AFFERMAZIONE DEI DIRITTI INVIOLABILI NELLE PRONUNCIE DEL GIUDICE DELLE LEGGI* - 2.3. *CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE* - 3. *DIRITTI FONDAMENTALI, DIRITTI INVIOLABILI, DIRITTI UMANI: UNA DIVERSIFICAZIONE GIUSTIFICATA?*

1. *IL RUOLO DETERMINANTE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE NELL'INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI*

L'obiettivo della presente ricerca è quello di tentare di descrivere, quantomeno nelle linee essenziali, quel fenomeno di *riconoscimento* e di *tutela* da parte degli ordinamenti giuridici che ha avuto come oggetto una particolare categoria di diritti e di principi definibili *diritti fondamentali*¹.

Tale fenomeno ha avuto inizio a partire dal secondo dopoguerra producendo effetti che hanno superato i limiti, per così dire, “nazionali” dei vari sistemi giuridici; nello specifico, infatti, non solo

¹ Sul punto (pur nella consapevolezza della vasta bibliografia in materia), cfr.: A.A.V.V., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. L. Martín Retortillo*, Zaragoza, 2008

a livello costituzionale ma anche, e soprattutto, a livello comunitario² e internazionale sono state riconosciute e tutelate una serie di situazioni soggettive giuridiche legate all' individuo che, per l'importanza dei beni della vita ad esse sottesi, hanno acquistato una posizione di priorità negli ordinamenti giuridici divenendo oggetto di una *tutela particolare*.

Pertanto, si cercherà in questa sede in primo luogo di analizzare le tappe più importanti che hanno scandito il processo di *riconoscimento costituzionale* di tale diritti nell' ordinamento italiano, per poi passare ad un' analisi della tutela che oggi il diritto comunitario ed il diritto internazionale riservano a tali situazioni soggettive giuridiche come manifestazione massima del *processo d'integrazione internazionale e transnazionale* che attualmente caratterizza l'evoluzione degli ordinamenti giuridici.

Ciò premesso, il primo passo da fare, nell'analisi del fenomeno dei diritti fondamentali nell' ambito della Costituzione italiana, dovrebbe essere quello di tentare di definire cosa s'intenda per *diritto fondamentale*; ma, in realtà, è proprio nel tentativo di dare una definizione esatta di tale situazione soggettiva giuridica che l'interprete incontra enormi difficoltà.

² Per un'analisi dello sviluppo della giurisprudenza costituzionale italiana (confrontata con quella del Tribunale costituzionale tedesco) – circa i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario – nell'ambito di un processo d'integrazione europea iniziato con il T. di Maastricht e culminato, oggi, con la ratifica del Trattato di Lisbona, cfr. A. ANZON, *I tribunali costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona*, in *Diritto e società*, n.1/2010, 1-36. Con particolare riferimento alle conseguenze prodotte dal Trattato di Lisbona in materia di diritti fondamentali, cfr. di recente: M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.3/2010, 221e ss

Infatti, è indubbio che l'individuazione esatta di quali siano i *principi* e i *valori portanti* di un ordinamento giuridico sia una condizione necessaria per l'esistenza e la sopravvivenza del medesimo; quanto detto, inoltre, acquista oggi giorno ancor più significato se si considera, come ha evidenziato parte della dottrina³, che l'individuazione di un *nocciolo duro* di valori rappresenta l'unico strumento attraverso cui il nostro ordinamento può evitare quel fenomeno di "*dispersione del carattere della costituzionalità*" che si verifica nel momento in cui, innanzi all'inarrestabile *processo d'integrazione comunitaria ed internazionale*, si comincia ad intendere la Carta Costituzione come una fonte non più di carattere *autoreferenziale* (tipica concezione di stampo nazionalista), ma *aperta verso le comunità sovranazionali ed internazionali*.

Tuttavia, è proprio la consapevolezza dell'importanza di stabilire con esattezza il contenuto di tali *principi fondamentali* che, probabilmente, ha impedito alla dottrina di trovare una soluzione unanime su cosa s'intenda esattamente per *diritto fondamentale*⁴

Conseguentemente, innanzi ad una tale difficoltà definitoria, l'unica strada da percorrere sembra quella di verificare quale significato la Corte costituzionale abbia di volta in volta attribuito, nelle proprie sentenze, ai *principi fondamentali*.

Infatti, solo attraverso l'analisi di come il Giudice delle leggi applica nozioni ed elementi di teoria generale al caso concreto, determinando

³ Cfr. A. RUGGERI, *Presentazione* del Convegno del Gruppo di Pisa "Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni", in *Atti del Convegno del Gruppo di Pisa* curati da S. STAIANO, Torino, 2006

⁴ Sulle tesi contrastanti della dottrina su cosa s'intenda per *diritto fondamentale* e sulle eventuali distinzioni tra :diritti *fondamentali*, diritti *inviolabili*, diritti *umani*, v. *infra* CAP. I.P.3.

l'incontro tra il *fatto* e il *diritto*, sarà possibile cercare di delineare quali sono i limiti ed il contenuto essenziale dei *diritti fondamentali*⁵. D'altronde, quando si ci rapporta a concetti giuridici così *rarefatti* (quali sono appunto i *principi fondamentali*) bisogna prendere atto del fatto che ,come già autorevolmente sostenuto, in questi casi “*il diritto applicato non è il diritto secondo la legge bensì un correttivo di quel diritto che scaturisce dalla legge. Il motivo è che la legge è sempre una norma universale, mentre in alcuni casi singoli non è possibile enunciare la retta e adeguata disciplina.(...)L'errore non sta nella legge ,né nel legislatore, ma nella natura del fatto concreto, giacché la materia delle azioni ha proprio questa intrinseca caratteristica(di sfuggire all' universalità, lasciando errori e lacune)*”⁶.

La Corte costituzionale, fin dai suoi primissimi anni di attività⁷, ha affrontato il problema in commento, pronunciando una serie di sentenze, particolarmente significative, aventi ad oggetto i *principi fondamentali*.

In primo luogo, la Consulta ha ritenuto necessario precisare come uno dei *principi fondamentali* del nostro ordinamento riguardi la materia dell' *emanazione dei decreti legislativi*. Tale principio, secondo la Corte , si tradurrebbe da un lato, nella *necessaria presenza di una legge-delega* e dall' altro, nel *necessario rispetto* che il Governo

⁵ Sull'idea che la giurisprudenza costituzionale svolge al contempo una funzione di *storia del diritto positivo vivente* e di *teoria generale*, cfr.F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Scritti in onore di C.MORTATI*, Milano, 1970, 199 ss.; ID, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, 1997, 41-51

⁶ cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*,1137b(11-19)

⁷ Parte della dottrina ha parlato di tale periodo come il “*il primo dodicennio di attività della Corte*”,cfr. A.M. SANDULLI, *Il primo dodicennio*, discorso pronunciato a Roma il 3 dicembre 1968, per la celebrazione del XII anniversario della prima udienza della Corte.

delegato deve avere nei confronti dei limiti e degli obiettivi che la stessa legge-delega sancisce.

Quanto detto si può ricavare dal testo della sentenza n.37 del 1957⁸ in cui la Consulta affronta il problema di stabilire se sia competente nel giudicare la conformità costituzionale dei decreti legislativi emanati anteriormente all' entrata in vigore della Costituzione. Nella decisione in esame, infatti, il Giudice delle leggi (dopo aver riconosciuto la propria competenza a conoscere anche dei decreti legislativi *ante-Constitutionem*) dichiara espressamente che *“tra i principi fondamentali dai quali il Governo, nell' emanazione dei decreti delegati, non poteva in nessuna guisa decampare”* rientrano sicuramente l'esistenza di una delega legislativa e la limitazione, posta al Governo, di mantenersi entro i confini della delega.

Questo orientamento sarà confermato anche dalla successiva giurisprudenza costituzionale; infatti, nella sentenza n.95 del 1968⁹ la Corte costituzionale, nel ribadire che anche i decreti legislativi anteriori all' entrata in vigore della Costituzione Repubblicana possono costituire oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, precisa che il controllo di costituzionalità sui decreti delegati dovrà essere *“condotto alla stregua di due principi fondamentali, generalmente validi: l' esistenza di una delega del Parlamento, con oggetto chiaramente definito, e l' osservanza, da parte del Governo delegato, dei limiti segnati con la delega”*.

Quasi contemporaneamente alla pronuncia delle due sentenze suesposte, la Consulta sancisce *“iure pretorio”* un altro punto cardine

⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.37/1957, in *Giur. Cost.*, 1957, 454-459

⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.95/1968, in *Giur. Cost.*, 1968, II, 1520

del nostro ordinamento giuridico: il principio di *unità della giurisdizione costituzionale*. Nello specifico, la Corte costituzionale, nella famosa sentenza¹⁰ con cui dichiara di “aver assorbito” le competenze della Alta Corte per la Regione siciliana, fa espresso riferimento al principio in esame definendolo “*non soltanto dato certo del nostro ordinamento positivo, ma una conseguenza necessaria del nostro sistema costituzionale (...) in base ad una esigenza logica prima ancora che come una necessità giuridica*”.

Al riguardo, appare degno di nota ricordare come autorevole dottrina¹¹, facendo riferimento alla sentenza in commento, ritenga possibile ricomprendere tra i *principi imm modificabili* dell’ordinamento costituzionale non solo quei principi che concretano le opzioni ideologiche fondamentali del Costituente ma anche “*quel minimo di strutture organizzative*” che sono legate a tali principi da un “*necessario rapporto di strumentalità*”. In altri termini, secondo tale orientamento, bisognerebbe ammettere, nell’ambito dei *principi supremi*, l’intangibilità di alcune *regolarità strutturali attinenti all’organizzazione dell’ordinamento costituzionale* tra cui va annoverato, primo fra tutti, il *carattere accentrato* del nostro sistema di giustizia costituzionale .

Si pensi, inoltre, alle prime sentenze con cui la Consulta ha riconosciuto il *principio di uguaglianza*¹² (che sarà espressamente

¹⁰ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.38/1957, in *Giur.Cost*,1957,463-468

¹¹ Cfr .V.CRISAFULLI,*Lezioni di diritto costituzionale*,Padova,Cedam,1984,p.286; N.ZANON,*Premesse ad uno studio sui “principi supremi”d’organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in G.PITRUZZELLA-F.TERESI-G.VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*,Torino,Giappichelli,2000,pp.106 ss.

¹² Sugli aspetti più rilevanti del principio di *uguaglianza* cfr. R BIN- G PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, 2006, 388 ss

considerato dalla successiva giurisprudenza costituzionale¹³ un *principio supremo*) come *principio fondamentale* del nostro ordinamento costituzionale . In particolare, il Giudice delle leggi , oltre a riconoscere la “fondamentalità” del principio in esame, ha voluto ribadire che il *principio di uguaglianza* deve essere inteso in termini di uguaglianza *sostanziale* (e non *formale*), ed in termini di *ragionevolezza*.

Sotto il primo profilo, pare opportuno fare riferimento alla sentenza n.53/1958¹⁴ in cui la Corte dichiara espressamente che “*l’obbligo del legislatore di trattare in modo uguale i cittadini, non esclude che esso possa dettare norme diverse per regolare situazioni diverse, adeguando la disciplina giuridica ai diversi aspetti della vita sociale(...)*” perché “*a situazioni diverse non può essere disposta un’ identica disciplina legislativa (...). Il principio di uguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse*”.

È stata, invece, una giurisprudenza immediatamente successiva¹⁵ ad affermare, per la prima volta, il principio di uguaglianza in termini di *ragionevolezza*; secondo tale orientamento, infatti, il legislatore nel momento in cui prevede misure normative differenti in relazione a situazioni diverse “*non ha mutato la discrezionalità in quel manifesto arbitrio, in quella potente **irragionevolezza**, il cui esercizio è tra i modi in cui si può concretare la violazione del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge*”, e ciò perché la

¹³ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.1146/1988, in *Giur. Cost.*,1988,II,5565ss.

¹⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.53/1958, in *Giur. Cost.*,1958,603

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.46/1959; sent. n.16/1960, in *Giur. Cost* 1960,164

previsione di trattamenti normativi diversi viene supportata da una **ragionevole giustificazione** di uguaglianza sostanziale.

L'impostazione teorica appena esposta rappresenta un'anticipazione di quell'orientamento della giurisprudenza costituzionale (iniziato a consolidarsi intorno agli anni novanta) attraverso cui la Consulta ha riconosciuto il principio di uguaglianza, sempre inteso in termini di *ragionevolezza*, come criterio necessario ed indispensabile su cui basare il sindacato di costituzionalità¹⁶. In altri termini, la Corte è consapevole che solo ricorrendo ad un criterio di *ragionevolezza* può spingere il proprio giudizio sino a valutare l'effettivo *uso discrezionale* del potere legislativo, la proporzionalità tra la *regola* introdotta e la *causa* che la giustifica, la *conformità* tra una *data disciplina* e l'intero *sistema normativo*.

Pertanto, il Giudice delle leggi ha cercato, probabilmente anche per giustificare il continuo richiamo al principio di *ragionevolezza*, di spiegare, attraverso una serie di emblematiche sentenze (che saranno tra breve sinteticamente esposte), cosa intenda la giurisprudenza costituzionale quando parla di *ragionevolezza*.

Nella sentenza 163/1993¹⁷, ad esempio, la Consulta, al fine di chiarire la portata del principio di uguaglianza, afferma che l'applicazione di tale principio implica in primo luogo che “*a una categoria di persone (...) deve essere imputato un trattamento giuridico identico o omogeneo, **ragionevolmente commisurato** alle caratteristiche*

¹⁶ In tal senso parte della dottrina considera il *principio di uguaglianza* (inteso come *ragionevolezza*) come il *nucleo duro di ragione* del giudizio di costituzionalità. Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004.

¹⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent.n. 163/1993, in *Giur. Cost.*, 1993, 1189 ss.

*essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone”, ed in secondo luogo che vengano rispettate tre condizioni essenziali: “la **correttezza della classificazione** operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati ,tenuto conto della disciplina normativa apprestata; **la previsione** da parte dello stesso legislatore di **un trattamento giuridico omogeneo**, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o classi)di persone cui quel trattamento è riferito(...)” ed infine “**la proporzionalità** del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore ,tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata; proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita”.*

Sempre in tale ottica va letta la sentenza n. 313/1995 in cui la Corte si pone nuovamente il problema di stabilire i criteri in base ai quali si possa ritenere che il principio di ragionevolezza sia stato violato, in modo tale da poterne ricavare implicitamente (attraverso un ragionamento *a contrario*) il contenuto essenziale del principio in commento. Nello specifico, la Consulta sostiene che si ha una violazione del principio di *ragionevolezza* ogni qual volta la scelta del legislatore “*si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità, che raggiunga una soglia di evidenza tale, da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di eccesso di potere e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l’ordinamento assegna alla funzione legislativa*”.

Appena un anno dopo la sentenza suesposta, la giurisprudenza costituzionale dice ancora qualcosa in più sul contenuto del principio in esame, precisando che il principio di uguaglianza (sempre visto in termini di *ragionevolezza*) deve essere inteso come un parametro *dinamico*. In sintesi, la Corte afferma di prendere in considerazione il parametro della *uguaglianza/ragionevolezza* non in una accezione *statica* (che si avrebbe qualora venisse applicato un principio di uguaglianza *formale*), ma in una accezione *dinamica*, cioè intendendo la *ragionevolezza* come un “giudizio di relazione” che cerca di adeguare a situazioni differenti discipline normative differenti.

È in tale ottica, infatti, che va letta la sentenza n.89/1996¹⁸ nella parte in cui dichiara che l’uguaglianza davanti alla legge “*non esprime la concettualizzazione di una categoria astratta, staticamente elaborata (...) ma definisce l’essenza di un giudizio di relazione che, come tale, assume un risultato necessariamente **dinamico**(...).Ciò equivale a postulare che la disamina della conformità di una norma a quel principio deve svilupparsi secondo un modello dinamico, incentrandosi sul perchè una determinata disciplina operi, all’ interno del tessuto egualitario dell’ ordinamento,quella specifica distinzione, e quindi trarne le debite conclusioni in punto di corretto uso del potere normativo*”.

Ancora più recente è quella giurisprudenza costituzionale¹⁹ che considera il controllo sulla *ragionevolezza* delle scelte compiute dal legislatore come condizione necessaria per garantire il “principio dell’ *affidamento* del cittadino”(riconosciuto, a tutti gli effetti, dalla Corte

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.89/1996, in *Giur.Cost*,1996,819

¹⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.416/1999, in *Giur.Cost*,1999,3625

come principio costituzionale). In altri termini, secondo tale orientamento, l' art. 3 Cost., disponendo che "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge (...)*", genera in ogni cittadino un condizione di *affidamento* nei confronti del potere legislativo che si traduce nell' aspettativa che situazioni uguali vengano disciplinate in modo uguale e che circostanze diverse vengano regolate in modo differente. Pertanto, importante corollario di questa interpretazione della Corte, come ha notato autorevole dottrina²⁰, è il fatto che, in nome del principio di *uguaglianza*, si fa assurgere la *buona fede* e la *certezza del diritto* a veri e propri parametri di costituzionalità.

Da ultimo, appare opportuno evidenziare come la Corte costituzionale abbia ribadito, in una recente sentenza del 2005²¹, che qualora sia necessario stabilire, nell' ambito del giudizio di costituzionalità, se vi sia stata una eventuale violazione del principio di *uguaglianza*, la valutazione sulla *ragionevolezza* della scelta normativa dovrà essere preliminare a qualunque altro sindacato. In tal senso, infatti, la Corte dichiara che "*(...) a prescindere dal rispetto di altri parametri, per essere in armonia con l' art.3 Cost. la normativa deve anzitutto essere conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza(...)*".

Questo breve, e sicuramente non del tutto esaustivo, *excursus* su alcune delle tappe fondamentali che hanno scandito il percorso attraverso cui la Corte ha cominciato a riconoscere i *principi*

²⁰ Cfr. P.CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur.Cost.*, 2002, 3666

²¹ Cfr. Corte costituzionale, sent.n. 78/2005

fondamentali dell' ordinamento consente, comunque, di trarre delle considerazioni rilevanti ai fini del tema oggetto della presente ricerca. Infatti, appare evidente come, fin dall' inizio della sua attività, il Giudice delle leggi abbia sentito la necessità di sancire “*iure pretorio*” alcuni principi cardine del nostro ordinamento costituzionale, riconoscendone, per l'importanza dei valori ad essi sottesi, la “fondamentalità” e , conseguentemente, garantendone l'intangibilità.

Ma, allo stesso tempo, non si può fare a meno di notare come la Corte, in questa prima fase della sua giurisprudenza, non si sia spinta in particolari tentativi definitivi; in sintesi, quello che si vuole sottolineare è che la Consulta, nel rapportarsi a questi valori portanti dell' ordinamento costituzionale, si è limitata, inizialmente, a riconoscerli (senza alcuna distinzione di sorta) all' interno dell' unica categoria giuridica dei *principi fondamentali*.

Questo orientamento iniziale, a partire dagli anni settanta, ha subito una vera e propria “inversione di marcia”; infatti, in questa “seconda fase” della giurisprudenza costituzionale (come sarà tra breve esposto nel paragrafo successivo) la Corte non si è limitata più a riconoscere alcuni principi come principi *fondamentali*, ma ha cominciato a parlare per la prima volta di principi *supremi* e diritti *inviolabili*.

2. *PRINCIPI SUPREMI E DIRITTI INVIOLABILI NELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

2.1. *IL RICONOSCIMENTO DEI PRINCIPI SUPREMI QUALI PRESUPPOSTI IMMODIFICABILI DEL NOSTRO ORDINAMENTO COSTITUZIONALE*

A partire dagli anni settanta si è cominciato a consolidare, all' interno della giurisprudenza costituzionale, un orientamento volto all' individuazione di una serie di principi cardine del nostro ordinamento a cui è stata riconosciuta la funzione di "limite" nei confronti di altre disposizioni di rango costituzionale.

In altri termini, la Consulta ha cominciato a sancire una serie di principi "super-costituzionali" che ha utilizzato come parametri per limitare il raggio di azione di altri principi sanciti dalla stessa Carta Costituzionale, e che, proprio per la posizione di priorità che ad essi è stata riconosciuta, ha definito come "principi *supremi* dell' ordinamento".

Pertanto, appare quanto mai opportuno fare riferimento a quell' orientamento dottrinale²² secondo cui la Corte, nel momento stesso in cui ha deciso di riconoscere dei principi "super-costituzionali", ha

²² Cfr. F. P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro.it.*, II, 155

implicitamente accettato una gerarchia, interna alla stessa Costituzione, tra principi *supremi* e principi *costituzionali*.

Tale orientamento si è manifestato, in primo luogo, in una serie di sentenze significative in cui la Corte ha affrontato alcune problematiche relative alla questione dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica.

In tal senso va, ad esempio, letta la sentenza n. 30/1971²³ con cui la Consulta prende in esame i rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento canonico, facendo riferimento, in particolare, ad un articolo del Concordato del 1929 avente ad oggetto la giurisdizione matrimoniale dei Tribunali ecclesiastici.

Nello specifico, la Corte precisa che il principio *pattizio* sancito *ex art.7 Cost.* (secondo cui “*Lo stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*” ed inoltre “*I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modifiche dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale*”) sebbene abbia rango di norma costituzionale , non potrà mai legittimare una disciplina dei rapporti tra Stato e Chiesa che vada contro i principi *supremi* dell’ ordinamento. Pertanto, a conferma di quanto appena esposto, la Consulta afferma, nella sentenza in commento, che “*l’ art.7 Cost., giacché riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell’ ordinamento costituzionale dello Stato*”.

È interessante notare come questa posizione della Corte venga ribadita

²³ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.30/1971, in *Giur. Cost.*, 1971,I, 150

in una sentenza pronunciata quasi contemporaneamente a quella appena esaminata. Nella sentenza n.31/1971²⁴, infatti, il Giudice delle leggi si è interrogato sul problema di stabilire se sia possibile sottoporre al sindacato di legittimità costituzionale quelle leggi che hanno avuto la funzione di introdurre nell'ordinamento interno le clausole dei Patti Lateranensi. Ebbene, la Consulta, come ha evidenziato autorevole dottrina²⁵, ha ritenuto possibile esercitare il controllo di costituzionalità nei confronti di tali leggi, ed ha precisato (ed è questo il punto che maggiormente rileva in questa sede) che tale sindacato debba utilizzare come parametri i principi *supremi* dell'ordinamento. A sostegno di quanto appena detto, si noti come la Corte dichiara, nella motivazione della sentenza in commento, che *“l'art.7 Cost. non preclude il controllo di costituzionalità delle leggi che immisero nell'ordinamento interno le clausole dei Patti Lateranensi, potendosene valutare la conformità o meno ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale”*.

Il riconoscimento ad opera della giurisprudenza costituzionale dei principi *supremi* non si è limitato, però, soltanto alle sentenze aventi ad oggetto problematiche relative ai rapporti tra Stato e Chiesa; infatti, un ruolo determinante nel processo di affermazione dei principi in esame è stato svolto da alcune emblematiche pronunce che hanno affrontato la questione dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario. Fra tutte, vanno sicuramente ricordate brevemente (saranno, invece, affrontate in modo dettagliato nel

²⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent.n.31/1971, in *Giur. Cost.*, 1971,I, 150 ss.

²⁵ Cfr. C. LAVAGNA, *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, in *Giur.it*, 1971,628ss.

proseguo del presente lavoro²⁶) le sentenze n.173/1983 e n.170/1984 attraverso cui la Corte definisce quell'impostazione teorica che, come è noto, prende il nome di teoria dei *controlimiti*²⁷.

La rilevanza di tale teoria sta proprio nel fatto che attraverso essa il Giudice delle leggi, derogando la regola generale della *prevalenza* del diritto comunitario sul diritto interno (regola, peraltro, accetta in linea di principio dalla stessa Consulta), si riconosce la competenza ad intervenire direttamente, dichiarando l'incostituzionalità della legge interna di esecuzione del trattato nella parte in cui consente l'ingresso delle norme comunitarie difformi, ogni qual volta una norma di diritto comunitario determini una lesione dei principi *supremi* del nostro ordinamento costituzionale

Un' analisi relativa al riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale dei principi cardine dell'ordinamento non può fare a meno di prendere in considerazione la famosa sentenza n.1146/1988²⁸ attraverso cui la Consulta ha attribuito ai principi *supremi* una funzione di limite al procedimento di revisione costituzionale.

²⁶ Sulla sentenza della Corte costituzionale n.170/1984 e sulla teoria dei *controlimiti* analizzata in riferimento ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia nell'ambito della tutela "multilivello" dei diritti fondamentali v. *infra* Cap.III, par.3

²⁷ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sui *controlimiti* al primato del diritto comunitario cfr.(tra gli altri): M CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano,1995,85 ss.; P. PERLINGERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli,1992,59

²⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent.n1146/1988, in *Giur. Cost.*,1988,II, 5565 ss..

Tale sentenza si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di assise di Bolzano(cfr.ordinanza del 9 novembre 1987) durante un processo penale a carico del consigliere provinciale Franz Pahl, imputato del reato previsto dall' art. 292 c.p. per aver pubblicamente vilipeso la bandiera italiana durante la seduta del Consiglio provinciale di Bolzano del 18 giugno 1986. Con l'ordinanza di rimessione il giudice *a quo* sosteneva l'illegittimità costituzionale degli artt. 28 e 49 del d.P.R. 31 agosto 1972, n.670 (Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige) per violazione dell' art. 3 Cost.

In tale occasione, infatti, la Corte è stata chiamata a stabilire se le leggi costituzionali siano suscettibili di sindacato di costituzionalità. Per rispondere a tale quesito il Giudice delle leggi ha dovuto fare chiarezza su due profili particolari: in primo luogo, si è dovuto chiedere se l'art.134 Cost.(che riconosce alla Consulta competenza ad esercitare il sindacato di legittimità costituzionale) ,quando parla di “*leggi*”, faccia riferimento solamente alla *legge ordinaria* o, viceversa, sia riferibile anche alle *leggi costituzionali*; in secondo luogo, si è interrogato sulla possibilità di riconoscere l' esistenza di una serie di valori, pre-posti alla Costituzione stessa, in forza dei quali sia possibile imporre un limite nei confronti di qualunque atto normativo volto a modificare il contenuto della Carta Costituzionale. Ebbene, la soluzione cui giunge la Corte è quella di riconoscere la propria competenza a decidere anche sulla costituzionalità delle leggi costituzionali - intese sia come leggi che danno forma giuridica agli Statuti delle Regioni a Statuto speciale, sia come leggi di revisione costituzionale-. Ciò che più conta, ai fini della nostra ricerca, è che il Giudice delle leggi, nel motivare tale decisione, riconosce l' esistenza di una serie di principi *supremi* che in nessun caso possono essere modificati (neanche, pertanto, da una disposizione di rango costituzionale), in quanto un' eventuale modifica di tali valori determinerebbe la perdita sostanziale dei presupposti essenziali del nostro ordinamento su cui si basa la stessa Costituzione. In altri termini, ciò che sostiene la Corte è che qualora una legge di revisione costituzionale modificasse i principi *supremi* andrebbe ad incidere non più sul potere *costituito* ma sul potere *costituente*, facendo venire

meno i presupposti stessi su cui si fonda la Costituzione e, conseguentemente, lo stesso art.138 Cost. che dovrebbe legittimare il procedimento di revisione costituzionale. A conferma di quanto appena esposto, sembra opportuno fare riferimento a quel punto della motivazione della sentenza in esame in cui la Consulta conclude che *“Non si può, pertanto, negare che la Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all’ assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”*.

Tuttavia, la novità della sentenza n.1146/1988 non sta solo nel riconoscimento dell’ esistenza ed dell’intangibilità dei principi *supremi* del nostro ordinamento.

Infatti, la Corte costituzionale aveva già da tempo affermato (v. *supra* il breve *excursus* sulla giurisprudenza della Corte avente ad oggetto i principi *supremi* a partire dalla sent n.30/1971) l’ esistenza di valori “super-costituzionali” con una funzione di limite nei confronti degli altri principi sanciti dalla stessa Costituzione. Ciò che rappresenta una svolta, invece , è che il Giudice delle leggi per la prima volta, nella sentenza in esame, tenta d’individuare il *contenuto*²⁹ di tali principi.

²⁹ Al riguardo sembra opportuno ricordare come parte della dottrina abbia considerato l’individuazione e la costruzione dei principi *supremi* come il “vero problema” di una analisi relativa a tali valori “super-costituzionali”.cfr. F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Esperienze giuridiche del ’900*, Miano, 2000, 110

La Consulta, infatti, precisa, dopo aver affermato che i principi *supremi* non possono essere sottoposti a revisione costituzionale, che per tali principi bisogna intendere “*tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la **forma repubblicana** (art.139 Cost.), quanto i **principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale , appartengono all’ essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.***”. Pertanto, è possibile ricondurre alla natura dei principi *supremi*, seguendo l’*iter* logico e giuridico che ha condotto la Corte a pronunciare tale decisione, una serie di principi espressamente previsti dalla Costituzione o implicitamente ricavabili da essa quali, ad esempio: il principio della sovranità popolare, il principio di uguaglianza (inteso in termini di ragionevolezza), e tutti i diritti inviolabili della persona umana ex art. 2 Cost. (tra cui va ricompreso, ad esempio, il valore della *dignità umana*).

Da questa breve analisi sui momenti più importanti che hanno scandito il processo di riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale dei principi *supremi* è possibile, a nostro avviso, rilevare due aspetti che chiariscono quale sia stato il vero atteggiamento assunto dalla Corte in relazione ai principi in commento.

In primo luogo, sembra degno di nota sottolineare come la Consulta ogni qual volta è ricorso ai principi *supremi* li ha sempre considerati come dei principi *strumento*. In altri termini, ogni volta che il Giudice delle leggi ha fatto riferimento, nelle proprie sentenze, ai principi

supremi non ha tentato di darne una definizione e di cercare di individuare in modo specifico il loro contenuto, ma si è limitato ad utilizzarli come parametri per legittimare l'esercizio della propria funzione di controllo in situazioni particolarmente delicate (quali, ad esempio, il giudizio di costituzionalità nei confronti delle leggi costituzionali³⁰, o l'ipotesi di norme comunitarie lesive dei valori fondamentali del nostro ordinamento³¹)

In secondo luogo, non si può fare a meno di notare come la Corte abbia sempre considerato i principi *supremi* come “*postulati* del proprio giudizio”. In sostanza, in tutte le sentenze che hanno avuto ad oggetto i principi in esame, la Consulta ha considerato tali valori *supremi* non come principi-*fini* (cioè come valori oggetto di una immediata tutela), ma come principi-*presupposti* (cioè come valori cui la Corte ha fatto riferimento per giustificare la propria attività interpretativa).

³⁰ Cfr. Corte costituzionale, sent.n1146/1988,cit..

³¹ Cfr. Corte costituzionale sent. n.173/1983 e n.170/1984,cit.

2.2 L’AFFERMAZIONE DEI DIRITTI INVIOLABILI NELLE PRONUNCIE DEL GIUDICE DELLE LEGGI

A partire dagli anni novanta si è cominciata ad affermare una tendenza della Corte costituzionale ad individuare “*iure pretorio*”, attraverso l’interpretazione di alcune disposizioni costituzionali che sanciscono *valori*, una serie di situazioni soggettive giuridiche, spesso non espressamente previste dal testo costituzionale, che la Consulta ha definito come diritti *inviolabili*.

Questa nuova tendenza della Corte rappresenta un importante momento di passaggio nell’evoluzione di quella giurisprudenza costituzionale che ha affrontato il problema di definire i valori cardine del nostro ordinamento. Infatti, in questa nuova fase, il Giudice delle leggi quando sancisce l’esistenza di diritti *inviolabili* non si limita più a riconoscerli come principi-*strumento* (come è avvenuto per i principi *supremi*³²), ma cerca di delineare attraverso le proprie sentenze il contenuto specifico di tali situazioni soggettive giuridiche. A conferma di quanto appena esposto, si può fare riferimento a quella corrente di pensiero³³ secondo cui l’individuazione da parte della Corte di alcuni diritti *inviolabili* può essere considerata come un’attività di *connotazione* dei principi *supremi* attraverso un “*nucleo di senso*”.

³² v. *supra*:CAP. I, p 2.1

³³ Cfr. A.SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto”(puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico).Ovvero dalla continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in G.PITRUZZELLA, F.TERESI, G.VERDE (a cura di), *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*,Torino,2000,1ss

Prima di esaminare le varie tappe attraverso cui la Consulta ha iniziato a riconoscere giurisprudenzialmente i diritti in commento, pare opportuno fare tre considerazioni preliminari in relazione a quali siano stati gli “strumenti” attraverso cui il Giudice delle leggi si è potuto erigere a difesa dei diritti inviolabili dell’ individuo.

In primo luogo, come sottolinea autorevole dottrina³⁴, la Corte, al fine di tutelare situazioni soggettive giuridiche attinenti alla sfera più intima dell’ individuo, ha cominciato, sempre più frequentemente, a far riferimento nelle proprie motivazioni al concetto di *dignità umana* considerandolo come un valore *super-costituzionale* idoneo a costituire un limite nei confronti di altri principi sanciti dalla stessa Costituzione.

In secondo luogo, la Consulta, al fine di riconoscere diritti *inviolabili* che non trovavano espresso riferimento nel testo costituzionale, ha cominciato a sancire tali situazioni soggettive giuridiche in via interpretativa (ricavandole, cioè, implicitamente dalle disposizioni della Costituzione). Per fare ciò, il Giudice delle leggi ha fatto frequentemente ricorso all’ art. 2 Cost. considerandolo, come ha evidenziato parte della dottrina³⁵, una vera e propria “*clausola aperta*”. In altri termini, secondo tale orientamento dottrinale, la Corte ha interpretato l’art.2 Cost.(laddove dichiara che “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’ uomo, sia come singolo*

³⁴ Cfr. G ZAGREBELSKY, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002; A BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; A.RUGGERI, A.SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol.dir.*, n. 3/1991, 343 ss.

³⁵ Cfr. A BARBERA, *Sub. Art.2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 65 ss.

sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (...)”) non come una clausola riassuntiva dei diritti di libertà contenuti nel catalogo costituzionale, ma come una clausola idonea a tutelare tutti quei diritti naturali che non sono stati recepiti da una apposita disposizione costituzionale e tutti quei nuovi valori che non sono contenuti nella Costituzione in quanto di “nuova emersione”(si fa riferimento, cioè, ad una serie di nuovi diritti che sono sorti come frutto dell’ evolversi della società e del progresso tecnico).

Da ultimo, si può notare (facendo una analisi strettamente *formale* delle pronunce della Consulta) come la maggior parte delle motivazioni delle sentenze della Corte aventi ad oggetto il riconoscimento di diritti *inviolabili* si caratterizzano per l’ utilizzo, probabilmente dettato dalla necessità di ricavare il diritto da tutelare in via interpretativa, della tecnica della *lettura in combinato disposto* di più disposizioni costituzionali.

Una volta fatte le suesposte considerazioni preliminari, è adesso possibile tentare di analizzare le pronunce più importanti attraverso cui la Corte ha cominciato a rapportarsi al fenomeno dei diritti *inviolabili*.

Una prima emblematica pronuncia è rappresentata sicuramente dalla sentenza n.149/1995³⁶. In tale decisione, infatti, la Corte ha riconosciuto il diritto alla *libertà di coscienza* come diritto *inviolabile* ed attribuito ad esso, nonostante si tratti di una situazione soggettiva giuridica non espressamente prevista nel testo scritto della Costituzione, una posizione di *priorità* nella scala dei valori

³⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.149/1995, in *Giur. Cost.*,1995,II, 1241

costituzionalmente tutelati; la *ratio* di tale decisione sta nel fatto che il diritto alla *libertà di coscienza* viene considerato, secondo la Consulta, come strumento indispensabile per consentire la realizzazione dell'individuo nell'ambito di una vita di relazione. In tal senso, pertanto, la Corte ha dichiarato nella motivazione della sentenza in commento che la *libertà di coscienza* “*deve essere protetta in misura proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essa riconosciuta nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana*”.

Altra pronuncia degna di nota è la sentenza n.10/1993³⁷. Con tale decisione la Corte si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale³⁸ sollevata dal Pretore di Torino e dal Tribunale di Milano in cui veniva sostenuta l'incostituzionalità di due norme del codice di procedura penale: l'art.555 c.p.p. (relativo al decreto di citazione a giudizio) e il combinato disposto degli artt. 456 co.2 e 458 co.1 c.p.p. (relativi al decreto di giudizio immediato). Nello specifico, per i giudici *a quibus*, l' incostituzionalità deriverebbe dal fatto che: da un lato, tali norme non prevedono la traduzione dei decreti da esse disciplinati nel caso di imputato straniero; e dall' altro, secondo l' interpretazione dei giudici rimettenti, l'art. 143 c.p.p. (relativo alla nomina dell'interprete assistente per l'imputato) sarebbe

³⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.10/1993, in *Giur. Cost.*,1993,59

³⁸ Si tratta, in realtà, di due questioni legittimità distinte ma che la Corte (Pes. Casavola; Rel.Baldassarre) ha ritenuto opportuno riunire al fine di deciderle con un' unica sentenza in quanto “*Sebbene la questione di legittimità sollevata dal Pretore di Torino e quella proposta in via principale dal Tribunale di Milano abbiano ad oggetto disposizioni diverse e sebbene i parametri invocati nell' uno e nell' altro caso siano solo parzialmente coincidenti (...i giudici a quibus chiedono pronunce additive aventi un contenuto analogo*” (cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993; punto 1)

applicabile solo agli atti orali del processo penale. Pertanto, secondo i giudici *a quibus*, le norme in commento determinerebbero una duplice violazione dei principi costituzionali: in primo luogo, una violazione del principio di uguaglianza *ex art 3 Cost.*(in quanto determinerebbero una chiara disparità di trattamento processuale tra il cittadino e lo straniero); ed in secondo luogo, violerebbero il *diritto di difesa ex art.24 Cost.* (per il fatto che lo straniero che non può capire il contenuto degli atti processuali difficilmente potrà apprestare una adeguata difesa). Sulla base di queste considerazioni, quindi, i giudici rimettenti chiedono alla Consulta, nell' ordinanza di rimessione, che pronunci una sentenza *additiva* attraverso cui introdurre nel processo penale una norma diretta “*a prescrivere che all' imputato straniero che ignora la lingua italiana siano notificati, anche nella traduzione nella lingua a lui nota, atti del processo penale, dai quali dipendono la conoscenza tempestiva e dettagliata dell' imputazione* (come il decreto di citazione a giudizio dinnanzi al pretore) *ovvero l' esercizio di significativi diritti garantiti all'imputato dalle norme di procedura penale* (come l' avviso contenuto nel decreto di citazione a giudizio immediato) ”³⁹.

Ciò che ai nostri fini rileva è il fatto che in tale pronuncia il Giudice delle leggi giunge alla conclusione di riconoscere il *diritto di difesa* come un diritto *inviolabile e fondamentale* del nostro ordinamento giuridico. In altri termini, la Corte dichiara che il diritto di ogni accusato ad essere informato nel più breve tempo possibile, nella lingua che egli comprende e in maniera dettagliata, della natura e dei

³⁹ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993 (punto 1)

motivi dell' accusa trova riscontro diretto “(...) *nel riconoscimento costituzionale, a favore di ogni uomo (cittadino o straniero), del diritto inviolabile della difesa (art. 24 , secondo comma , della Costituzione) (...) quale principio fondamentale ai sensi dell' art.2 della Costituzione(...)*”⁴⁰. Pertanto, proprio in relazione al riconoscimento del diritto di difesa quale diritto *inviolabile*, la Consulta dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale, in quanto ritiene di non poter condividere il presupposto interpretativo da cui muovono i giudici *a quibus* (e cioè, l'idea in base alla quale l' art.143 c.p.p. vada configurato “*come una norma di stretta interpretazione, che tollera come uniche eccezioni alla regola dell' utilizzazione dell' interprete per gli atti orali soltanto quelle espressamente previste nello stesso codice di procedura penale*”⁴¹). In particolare, la Corte precisa che poiché l' art.143 c.p.p. è una norma “*che assicura una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa (...) va interpretato come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e specificarsi, nell' ambito dei fini normativamente riconosciuti (...)*”⁴² . A conferma del suesposto orientamento della Corte, è possibile, inoltre, fare riferimento ad un' ulteriore decisione pronunciata a distanza solamente di un anno dalla sentenza appena esaminata. Nello specifico, il Giudice delle leggi, nella sentenza n.98/1994⁴³, ribadisce l'*inviolabilità* del *diritto di difesa*, precisando che si tratta di

⁴⁰ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993 (punto 2)

⁴¹ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993 (punto 3)

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.98/1994, in *Giur. Cost.*,1994,891

una situazione soggettiva giuridica “*non sacrificabile in vista di altre esigenze*” quali, ad esempio, quella relativa alla speditezza del processo.

Un’ altra tappa importante del processo di riconoscimento operato dalla Corte in materia di diritti inviolabili è rappresentata dalla pronuncia n.148/1996. In tale decisione, la Consulta ha affrontato il problema di assicurare una garanzia a livello costituzionale del *diritto alla tutela giurisdizionale*. Ebbene, ciò che in questa sede rileva maggiormente sottolineare è che il Giudice delle leggi non si è limitato ad affermare che il diritto in esame trova tutela a livello Costituzionale, ma lo ha espressamente riconosciuto quale *principio fondamentale* del nostro ordinamento costituzionale “*connesso al principio di democrazia*”, in quanto garantisce che per qualunque controversia ci possa essere sempre un giudice ed un giudizio per dirimerla.

Sempre nell’ ottica di una affermazione giurisprudenziale dei diritti *inviolabili*, vanno lette le sentenze n.81/1993⁴⁴ e n.35/1997⁴⁵.

Nella prima pronuncia, infatti, la Corte ricava, dalla lettura in combinato disposto di alcune disposizioni costituzionali, il diritto alla *segretezza* e alla *libertà delle comunicazioni* riconoscendolo come un diritto *inviolabile* .Questa decisione è un classico esempio (come si è già detto in precedenza) di come la Consulta , al fine di riconoscere *l’inviolabilità* del diritto da essa affermato, ricorra spesso, come

⁴⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.81/1993, in *Giur. Cost.*,1993,I, 731

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.35/1997, in *Giur. Cost.*,1997, 281 ss.

evidenziato da autorevole dottrina⁴⁶, al concetto di *dignità umana* quale valore *super-costituzionale* a cui rapportare gli altri principi sanciti dalla stessa Costituzione.

A dimostrazione di quanto appena detto, si noti come la Corte, nella motivazione della sentenza in commento, definisca l'*inviolabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni* come “*un bene strettamente connesso alla protezione del **nucleo essenziale della dignità umana** e al pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali*”.

Anche la sentenza n.35/1997 costituisce un esempio di decisione attraverso cui il Giudice delle leggi ricava in via interpretativa un diritto *inviolabile* non espressamente positivizzato. Nello specifico, la Corte, attraverso l'interpretazione dell' art.2 Cost. quale *clausola aperta*⁴⁷ della Costituzione, riconosce *l'inviolabilità del diritto alla vita del nascituro* (diritto che non ha alcun espresso riferimento nel testo costituzionale) , e precisa che tale diritto “*va inteso nella sua espressione più lata*”.

Altra emblematica decisione sul tema in commento è la sentenza n.235/1988⁴⁸. Con tale pronuncia la Consulta riconosce il *diritto di elettorato passivo* quale diritto *inviolabile* dell' individuo. Un profilo interessante da sottolineare, in relazione a tale decisione, sta nel fatto che il Giudice delle leggi sancisce l'*inviolabilità* del diritto in commento al fine di evitare che il legislatore regionale possa

⁴⁶Cfr. G ZAGREBELSKY, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*,cit.; A BALDASSARRE,*Diritti della persona e valori costituzionali*,cit.

⁴⁷ Cfr. A BARBERA, *Sub. Art.2 Cost.*,

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.235/1988, in *Giur. Cost.*,1988, 1019.

intervenire normativamente per disciplinarne l'esercizio. Quanto detto trova chiara conferma nella motivazione della sentenza in esame nella parte in cui si afferma che: poiché il *diritto di elettorato passivo* è un diritto *inviolabile* e “*poiché in forza dell' art.2 Cost. è proprio dei diritti inviolabili di essere automaticamente incorporati, quantomeno, nel loro contenuto essenziale, anche negli ordinamenti giuridici autonomi, speciali o comunque diversi da quello statale (...)deriva un preciso limite alla possibilità del legislatore regionale di disciplinare l' esercizio del diritto di elettorato passivo, pur nell' ambito di una competenza di tipo esclusivo*”.

Da ultimo, una analisi relativa alle decisioni più incisive che hanno scandito il processo di affermazione giurisprudenziale dei diritti *inviolabili* non può , seppur brevemente, fare riferimento a quella serie di sentenze relative ai *diritti inviolabili dell'uomo* pronunciate dalla Consulta in relazione al tema del *giusto processo* ex.art. 111 Cost.. Tra le varie, si pensi alla sentenza n.114/2004. In tale decisione, la Corte, nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale , dichiara che l'art. 204-bis del d.lgs. n.285 del 1992 (che era, appunto, la norma di cui si sospettava l'illegittimità costituzionale) è incostituzionale perché, prevedendo un onere economico processuale e un effetto preclusivo dello svolgimento del giudizio nel caso di mancato pagamento, finisce per violare irreparabilmente il *diritto di difesa* ex art. 24 Cost. che la Consulta considera espressamente come *inviolabile* .

2.3. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce dell' analisi, condotta nei paragrafi precedenti, relativa a quell' attività di riconoscimento che la Corte ha svolto in relazione ai principi *supremi* e ai diritti *inviolabili dell' uomo*, sembra opportuno evidenziare come, attraverso le pronunce suesposte, il Giudice delle leggi abbia voluto individuare ciò che autorevole dottrina⁴⁹ ha definito come il *nucleo duro* dell' ordinamento costituzionale.

Secondo tale orientamento, infatti, il *nucleo duro* - costituito dai principi *supremi* e dai diritti *inviolabili* sanciti “*iure pretorio*” dalla Corte - rappresenterebbe il “*presupposto per l' argomentare del giudice costituzionale*”; cioè ,in altri termini, il *nucleo duro* costituirebbe il parametro *estremo e ultimo* cui il giudice delle leggi può fare riferimento per legittimare la propria azione di controllo ed avere, anche nelle fattispecie più complesse e delicate, l' “ultima parola” nella tutela dei valori fondanti il nostro sistema costituzionale (esempio emblematico di quanto appena detto è appunto la famosa *teoria dei controlimiti*⁵⁰).

Se si accetta una tale definizione del concetto di *nucleo duro*, bisogna prendere atto che esso costituisce al contempo il *presupposto ed il risultato* della giurisprudenza costituzionale volta alla tutela dei diritti *fondamentali*. Infatti, la Corte, al fine di riconoscere situazioni

⁴⁹ Cfr .H.G. GADAMER, *Wahreit und Methode*, Tubinga, 1960, traduz. Italiana a cura di G. VATTIMO, *Verità e Metodo*, Milano, 1983; E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 22 ss.; A.SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto”*, cit., 373

⁵⁰ Cfr. Cort. Cost. Sent. n. 170/1984, cit.

soggettive giuridiche che – per la loro importanza – definisce come *fondamentali* , deve ricorrere, usandoli come *assiomi* del proprio giudizio, o a *valori comuni* dell’ ordinamento (come avviene quando fa riferimento ai principi *supremi*) o al *valore comune* della *ragione* (come avviene quando fa riferimento al principio di *uguaglianza* inteso in termini di *ragionevolezza*). Ma , allo stesso tempo, la Consulta, nel prendere in considerazione tali *valori*, finisce spesso per individuarne il contenuto attribuendo ad essi , per mezzo delle proprie sentenze, significati specifici (come è avvenuto nelle sentenze della Corte relative all’ individuazione dei diritti *inviolabili*).

L’importanza d’individuare un intangibile insieme di valori su cui si poggia il nostro sistema costituzionale sta nel fatto che, come ha evidenziato autorevole dottrina⁵¹, tale *nocciolo duro* presenta il carattere dell’ “*universalità*”; in altri termini, secondo tale orientamento, il *nocciolo duro* del nostro ordinamento costituzionale si caratterizza per il fatto di comprendere una serie di principi *ripetibili* in tutti quegli ordinamenti che riconoscono, come valore fondante, *l’inviolabilità dei diritti dell’uomo*. Pertanto, è proprio facendo riferimento alla *ripetibilità* del *nocciolo duro* che la Corte può tentare , innanzi al galoppante fenomeno d’integrazione comunitaria ed internazionale, da un lato di mantenere saldi i principi portanti del nostro ordinamento (davanti, ad esempio, all’ affermazione del principio del *primato* del diritto comunitario sul diritto interno) ma

⁵¹ Cfr . G BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 43; L. PEGORARO-P. DAMIANI, *El derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales*, in *Revista juridica de Castilla-La Mancha*, 1999, 26 ss

dall' altro, d' individuare nel riconoscimento dei *diritti fondamentali* un punto di contatto che funga da *minimo comune denominatore* tra i vari sistemi di tutela nazionali e tra il sistema nazionale e quello comunitario.

In realtà, però, va precisato che il ricorso, da parte della giurisprudenza costituzionale, al c.d. *nucleo duro* non presenta solo “vantaggi”, ma può, a volte, determinare anche delle contraddizioni ed essere causa *d'incertezza del diritto*. Nello specifico, si può notare come la Corte, al fine di tutelare *situazioni soggettive giuridiche* riconosciute come *fondamentali*, si è spesso limitata, nelle proprie sentenze, a far appello a valori *supremi* (il *nocciolo duro* appunto !), senza però individuare alcuna *regola definita* volta a disciplinare il procedimento logico-giuridico che conduce la Consulta ad individuare un dato diritto *fondamentale*. Tale disagio è stato manifestato, prevalentemente, da una parte della dottrina⁵² che ha criticato la Corte di non aver previsto una “*procedimentalizzazione* delle proprie decisioni”. In particolare, tale orientamento dottrinale ha evidenziato come il Giudice delle Leggi si attenga, nella tutela dei diritti *fondamentali*, ad un “*sistema non di regole ma di principi*”; cioè, in altre parole, la Corte è stata criticata+ per non aver trasformato le norme *costituzionali* che sanciscono i principi *fondamentali* in regole *pragmatiche* che consento di prevedere *l'iter* logico-giuridico attraverso cui la Consulta afferma il diritto *fondamentale*. Tuttavia, la

⁵² Fra gli altri cfr. R. ALEXY, *Teorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978, trad.it., *Teoria dell' argomentazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Milano. Per una attenta analisi delle modalità e dei criteri che guidano il *ragionamento giuridico* cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992; trad.it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996

Corte, nonostante le critiche appena esposte, continua a prevedere, in materia di diritti fondamentali, una giurisprudenza sempre più “sregolata”. In sostanza, ciò che si vuole sottolineare è che la Consulta, ogni qual volta fa riferimento al *nucleo duro*, non prende neanche in considerazione l’idea di seguire un procedimento di decisione guidato da regole procedurali date e dall’applicazione rigorosa delle norme positive; né, tanto meno, cerca, come evidenziato da autorevole dottrina⁵³, di determinare i confini del criterio di *ragionevolezza* attraverso, ad esempio, l’individuazione di un catalogo di argomenti stabili su cui il ragionamento della *ragionevolezza* dovrebbe essere condotto.

Innanzitutto a tale persistente tendenza della giurisprudenza costituzionale, parte della dottrina ha prospettato il pericolo che la Corte, continuando a non individuare *criteri oggettivi* attraverso cui riconoscere il singolo diritto fondamentale, rischi di rendere le pronunce che sanciscono principi *fondamentali* “(...) *vani esercizi verbali, attraverso cui si pretende di riconoscere ciò che nemmeno si conosce o - se si preferisce - di tutelare situazioni giuridiche che, culturalmente, non sono in realtà <<colte >> nel loro valore e, quindi, nemmeno veramente tutelabili nel loro significato autentico e profondo*”⁵⁴.

Da ultimo, sempre nell’ottica delle critiche mosse dalla dottrina nei confronti della mancata individuazione da parte della Corte di *criteri oggettivi* di riconoscimento dei diritti *fondamentali*, sembra opportuno

⁵³ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1991, 42 e 147.

⁵⁴ Cfr. A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 1991, 495.

fare riferimento alle critiche che la prevalente dottrina regionalistica⁵⁵ ha mosso nei confronti della recente sentenza n.303/2003. In tale pronuncia, il Giudice delle leggi ha sancito, facendo riferimento ai principi *fondamentali*, una serie di affermazioni di principio quali: a) la possibilità di una disciplina di dettaglio statale in materie di legislazione concorrente; b) la previsione di un'intesa Stato-Regioni come occasione, per queste ultime, di argomentare e dimostrare la propria adeguatezza e capacità di svolgere la funzione; c) l'idea per cui la *sussidiarietà* va intesa non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite, ma come *fattore di flessibilità* di quell'ordine al fine di realizzare esigenze unitarie. Ebbene, proprio in relazione a tali affermazioni di principio, la succitata dottrina regionalistica ha criticato la Consulta di aver fatto un richiamo troppo discrezionale ai principi *fondamentali* compiendo, pertanto, bilanciamenti lontani dai veri significati costituzionali e da una interpretazione sistematica delle norme scritte nel testo costituzionale.

⁵⁵ Cfr. L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà*, in www.asdrionline.it; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n.303 del 2003 della Corte costituzionale*; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il titolo V?*; F. CINTOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*; tutti i succitati autori in, *Forum on line dei Quaderni costituzionali* (sezione "Giurisprudenza").

3. DIRITTI FONDAMENTALI, DIRITTI INVIOLABILI, DIRITTI UMANI: UNA DIVERSIFICAZIONE GIUSTIFICATA?

Un punto nodale da affrontare, quando si esamina il fenomeno del riconoscimento e della tutela dei diritti *fondamentali*, è quello di comprendere se le distinzioni terminologiche cui spesso ci si imbatte quando ci si accosta al tema in commento abbiano una *ratio* effettiva o, viceversa, possano essere considerate delle classificazioni non produttive di effetti determinanti. In particolare, in questa sede si tenterà di capire se sia necessario, quando si parla di diritti *fondamentali*, procedere ad un'ulteriore classificazione distinguendo tra loro: i diritti *fondamentali*, i diritti *inviolabili* e i diritti *umani*.

Un profilo interessante da rilevare è che la dottrina, probabilmente per la consapevolezza dell'importanza di stabilire con esattezza il contenuto dei diritti *fondamentali*, non ha assunto sulla questione in commento una posizione unanime.

Autorevole dottrina⁵⁶, ad esempio, ribadisce come sia necessario distinguere radicalmente tra loro i concetti di “diritti *fondamentali*” e “diritti *inviolabili*” in quanto espressione di due categorie giuridiche diverse e produttive di effetti differenti.

Nello specifico, per quanto attiene ai diritti *fondamentali*, secondo tale orientamento il carattere della *fundamentalità* costituirebbe lo strumento attraverso cui la nostra Costituzione attribuisce ad alcuni principi o ad alcune situazioni soggettive giuridiche “una importanza

⁵⁶ Cfr. P.GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, CEDAM, Padova, 2005, 1ss

maggiore” rispetto ad altri principi riconosciuti dalla stessa Carta Costituzionale. Pertanto, nella categoria dei diritti fondamentali dovrebbero essere ricompresi, secondo tale dottrina, i primi dodici articoli della Costituzione (non a caso intitolati *principi fondamentali*); i principi richiamati dalla parte finale del terzo comma del nuovo art.117 Cost. (laddove dispone che “*nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei **principi fondamentali**, riservata alla legislazione dello Stato*”). e dal primo comma dell’ art.123 Cost. (laddove dispone che “*Ciascuna Regione ha uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i **principi fondamentali** di organizzazione e di funzionamento*); ed alcuni diritti espressamente qualificati dalla Carta Costituzionale quali *fondamentali* (vedi, ad esempio, il diritto alla salute *ex* art.32).

Se si accetta tale impostazione teorica appare evidente come il modo più efficace per capire in che cosa consista il *surplus* della “fondamentalità” sia quello di analizzare il problema delle antinomie tra diritti costituzionali. In altri termini, al fine di comprendere esattamente cosa ha inteso il Costituente per “fondamentalità” occorrerà compiere due operazioni ermeneutiche: in primo luogo, bisognerà individuare quale criterio può essere utilizzato dal Giudice delle leggi per risolvere un’eventuale antinomia tra più diritti costituzionali ed in secondo luogo, bisognerà verificare cosa accade laddove il contrasto sorga non più tra due diritti costituzionali, ma tra un diritto costituzionale ed un diritto fondamentale.

Nel caso in cui si verifichi un'antinomia tra due diritti costituzionali, come evidenziato dalla dottrina⁵⁷ in commento, la Corte si trova nella difficile condizione di non poter fare ricorso ai tradizionali criteri di risoluzione, non potendo, infatti, adoperare né il criterio gerarchico (sintetizzabile nel brocardo "*lex superior derogat legi inferiori*") né tanto meno il criterio cronologico (sintetizzabile nel brocardo "*lex posterior derogat legi priori*"). Sotto il primo profilo, infatti, il Giudice delle leggi, innanzi a due disposizioni costituzionali contrastanti, non potrà far prevalere una norma di rango superiore su un'altra di rango inferiore, posto che Costituzione e leggi costituzionali ricoprono la stessa posizione nella gerarchia delle fonti e, pertanto, possiedono la medesima forza normativa.

Allo stesso modo, la Consulta solo eccezionalmente, nel caso di un'antinomia tra diritti costituzionali, potrà ricorrere al criterio cronologico, posto che quest'ultimo (sebbene applicabile all' ipotesi di contrasto tra leggi di revisione costituzionale e Costituzione) risulta del tutto inefficace nel caso di conflitto tra norme contenute nello stesso testo costituzionale o in leggi costituzionali volte a completare il contenuto normativo della Costituzione.

Innanzitutto all'impossibilità di utilizzare i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie, la Corte ha spesso cercato di risolvere eventuali conflitti tra principi di rango costituzionale facendo ricorso alla c.d. tecnica del "bilanciamento"⁵⁸. Tuttavia, tale attività di

⁵⁷ P.GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit.,3

⁵⁸ Sulla tecnica di bilanciamento (o *balancing test*) inteso come strumento usato dalla Corte Costituzionale per risolvere questioni di costituzionalità in cui si registra un contrasto tra diritti costituzionali concorrenti cfr. R BIN- G PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 484 ss

bilanciamento (sebbene sia stata ostentata come una tecnica in grado di individuare il “giusto” punto d’incontro tra due situazioni soggettive giuridiche configgenti dotate di pari rango costituzionale) si è spesso dimostrata, come sostenuto da autorevole dottrina⁵⁹, uno strumento per stabilire una gerarchia tra principi configgenti basata non su criteri oggettivi (ricavabili, cioè, espressamente dal dato normativo), ma su preferenze soggettive dell’ interprete, determinando, pertanto, l’inevitabile sconfinamento del giudizio di legittimità costituzionale nella vera e propria “opzione politica”.

Pertanto, considerata l’impossibilità della Corte di ricorrere ai due tradizionali sistemi di risoluzione delle antinomie e considerato il rischio che l’utilizzo del bilanciamento può comportare, non rimane che prendere atto del fatto che l’unico criterio utilizzabile dalla Consulta, nel caso di conflitto tra due diritti costituzionali, sia il criterio di *specialità*. In sintesi, ciò che si vuole sostenere è che il Giudice delle leggi, trovandosi innanzi a due norme di rango costituzionale tra loro contrastanti, potrà soltanto verificare se una di esse abbia un contenuto *speciale* (rispetto all’altra) ed applicarla nella ristretta cerchia di casi tassativi da essa previsti, utilizzando, invece, la norma con contenuto più generale in modo “residuale”(cioè applicandola in tutti gli altri casi non previsti espressamente dalla norma *speciale*).

A chiara dimostrazione di quanto appena esposto, si può fare riferimento alla disciplina che il testo costituzionale riserva alle realtà

⁵⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 147ss. ; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol.dir.*, 1991, 656 ss.

associative. Infatti, come è noto, la Costituzione prevede in materia una norma di carattere generale contenuta nell'art.18 Cost. che riconosce ai cittadini il “ *diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale*”; ciò significa che ogni cittadino, in linea di principio, ha il diritto (costituzionalmente garantito) di riunirsi in associazioni senza dover adempiere a particolari oneri o dover rispettare particolari doveri, salvo il limite generale del rispetto della legge penale. Tuttavia, tale norma generale dovrà cedere il passo ogni qual volta sia necessario applicare altre disposizioni costituzionali che vanno a disciplinare nello specifico le singole realtà associative. Sulla base di quanto appena esposto, pertanto, la Corte, trovandosi innanzi a norme costituzionali *speciali*, dovrà far prevalere sull' art. 18 Cost., ad esempio: l' art. 19 Cost. in materia di associazioni religiose (laddove impone il divieto di professare “*riti contrari al buon costume*”); l'art.39 Cost. in materia di associazioni sindacali (laddove impone come condizione necessaria per la registrazione che “ *i sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica* ”); l'art.49 Cost. in materia di partiti politici (laddove impone un metodo democratico di competizione).

In realtà, bisogna precisare che tale lavoro d'individuazione della norma costituzionale *speciale* rispetto alla norma *generale* non è , spesso, per la Corte compito semplice da eseguire. Infatti, al di là delle ipotesi particolarmente chiare (come, ad esempio, il rapporto tra l'art.18 Cost. e gli artt. 19, 39,49 Cost.), il Giudice delle leggi è

costretto, frequentemente, a ricavare la norma *speciale* in via ermeneutica dalla stessa disposizione che sancisce la norma *generale*. Esempio emblematico di quanto appena detto è l' art.29. co.2 Cost. secondo cui “*il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza⁶⁰ morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell' unità familiare*”. Da tale disposizione, infatti, è possibile ricavare una norma *generale* rappresentata dal principio di *uguaglianza dei coniugi*; ma tale principio, come sostenuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁶¹, proprio perché *generale* potrà essere derogato, in casi tassativamente previsti e a condizione che ciò serva per garantire l'unità familiare, da “*limiti stabiliti dalla legge*”(che assumono, quindi, il carattere di norme *speciali*).

Una volta fatta tale premessa su come la Corte possa affrontare le antinomie tra diritti costituzionali, resta adesso da domandarsi se cambi qualcosa laddove il conflitto coinvolga non più due principi

⁶⁰ Sul dibattito dottrinale relativo al problema di stabilire se il concetto di *uguaglianza ex art.29 Cost.* coincida con il concetto di *uguaglianza ex art.3 Cost.* cfr.: ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II,Milano,1951,,141; CHELI, *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell' ambito familiare*,in *Giur. Cost.*, 1966, 809 ss.;GIANZI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ei delitti di relazione adulterina e di concubinato*, in *Giur. Cost.*, 1969,2242. Al riguardo, per quell'orientamento della giurisprudenza secondo cui il concetto di *uguaglianza ex art. 29 Cost.* costituirebbe una specificazione del concetto di *uguaglianza ex art. 3 Cost.* cfr. Cort. Cost. sent n.201/1972, in *Giur. Cost.*, 1972,2243; Cort Cost. sent.n. 64/1961, in *Giur. Cost.*, 1961, 1232.

⁶¹ Cfr Corte Costituzionale sent.n.46/1966, in *Giur. Cost.*,1966., 784 ss.(In particolare si ritiene degna di nota quella parte della motivazione secondo cui “*Per accertare se la discriminazione fra i coniugi, nei termini prospettati, contrasti con la Costituzione, è da ricordare che l' assoluto divieto fatto al legislatore dall' art. 3 di disporre qualsiasi diversità di trattamento giuridico per ragioni di sesso incontra, per quanto riguarda i rapporti familiari, un solo e tassativo limite, qual è posto dall' art.29, secondo comma Cost., a garanzia dell'unità familiare*”) ; Corte costituzionale sent.126/1968, in *Giur. Cost.*, 1968, 2205-2206; Corte costituzionale sent.127/1968, in *Giur. Cost.*, 1968, 2205-2212; Corte costituzionale sent.147/1969, in *Giur. Cost.*, 1969, 2245-2246.

costituzionali, ma un principio costituzionale e un principio *fondamentale*.

La risposta a questo interrogativo, se si segue l' *iter* logico della dottrina in commento, non può che essere affermativa. Infatti, il Giudice delle leggi, nel momento in cui si rapporta ad una antinomia che coinvolge un diritto fondamentale, potrà tentare di superare il contrasto ricorrendo non più solamente al criterio della *specialità*, ma facendo riferimento, altresì, alla stessa categoria della "fondamentalità". In altri termini, ciò che qui si sta sostenendo è che la Consulta, nel caso di evidente contraddizione tra due principi, non potrà fare a meno di considerare prevalente quel principio espressamente considerato dalla Costituzione (e non dalla discrezionale opzione dell' interprete) come *fondamentale*. Se si accetta tale impostazione teorica, si deve prendere atto, quindi, che la categoria della "fondamentalità" assurge a "*criterio suppletivo nella risoluzione delle antinomie costituzionali*"⁶² A conferma di quanto appena sostenuto, sembra opportuno fare riferimento ad alcune ipotesi concrete in cui un diritto costituzionale ha prevalso su un altro diritto di pari rango proprio in forza del carattere della "fondamentalità" ad esso riconosciuto dal testo costituzionale.

Un primo esempio classico di contrasto tra diritti costituzionali è rappresentato dal potenziale conflitto che può sorgere tra il diritto alla *potestà educativa dei genitori ex art 30 co.1 Cost* (laddove prevede che "*è dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i*

⁶² In tal senso, per una analisi approfondita di come la Corte costituzionale ricorra al criterio della "fondamentalità" per risolvere le antinomie costituzionali cfr. P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit. 6-8

figli anche se nati fuori dal matrimonio”) in combinato disposto con il diritto alla *libertà religiosa* ex art. 19 Cost (laddove dispone che “*Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto (...)*”) rispetto al diritto alla *salute* ex art. 32 Cost.. Tale antinomia si potrebbe verificare nel caso in cui, per ipotesi, i genitori, educando i figli minori di età (nel pieno esercizio del proprio diritto costituzionale alla *potestà educativa* verso i figli e *alla libertà religiosa*) ad una fede religiosa che proibisca di sottoporsi a determinate terapie mediche, vietino loro di ricevere delle trasfusioni di sangue mettendone a repentaglio la vita(con conseguente lesione del loro diritto costituzionale alla *salute*). Ebbene, è proprio in queste circostanze che la Corte può utilmente ricorrere al criterio della “fondamentalità” per stabilire una gerarchia tra principi costituzionali che abbia una giustificazione oggettiva fondata su dati normativi; pertanto, nell’ ipotesi appena analizzata, bisognerà far prevalere, come già autorevolmente sostenuto⁶³, l’ unico diritto -tra i tre diritti costituzionali presi in esame- che sia espressamente definito dalla Costituzione come *fondamentale* : il diritto alla *salute* ex art. 32 Cost. Un altro potenziale contrasto tra principi costituzionali è quello che si può verificare tra il principio costituzionalmente garantito di *autonomia locale* e il principio *fondamentale* di *unità e indivisibilità* della Repubblica Italiana. Come è noto, infatti, la nostra Costituzione

⁶³ Cfr. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978, 208

riconosce, nel proprio Titolo V della sua Parte seconda, un ampio grado di autonomia alle Regioni e alle altre autonomie locali.

In particolare, la Carta Costituzionale riconosce un ampio potere amministrativo e normativo a tutte le Regioni italiane, e prevede per le Regioni a statuto speciale (Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Sicilia, Trentino-Alto Adige e la Valle d' Aosta) un ulteriore livello di autonomia sancito *ex art. 116 co.1 Cost.*(secondo cui le Regioni a statuto speciale “*dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale*”).

Tuttavia, come evidenziato da autorevole dottrina⁶⁴, il livello di autonomia concesso alla Regioni, sebbene trovi diretto riscontro nella Costituzione, non potrà mai essere tale da andare ad incidere sul principio di *unità ed indivisibilità* della Repubblica Italiana *ex art. 5 Cost.*; e ciò perché il principio di *unità ed indivisibilità*, essendo sancito da uno dei primi dodici articoli della Costituzione, non è solo un diritto costituzionale ma è anche e soprattutto un diritto *fondamentale*.

Una volta chiarito che cosa intende la dottrina in commento per “diritto *fondamentale*”, è possibile procedere ad analizzare quale sia il significato che tale corrente di pensiero attribuisce al concetto di “diritto *inviolabile*”.

Secondo tale orientamento dottrinale, la categoria dell’ “inviolabilità” sarebbe lo strumento attraverso cui l’ordinamento garantisce “ *una salvaguardia contro il pericolo di una violazione (...) ad opera dei*

⁶⁴ Cfr ESPOSITO, *Autonomie e decentramento amministrativo nell’art.5 della Costituzione*, in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova,1954,71-72

*poteri pubblici od anche di privati*⁶⁵” ad una serie di situazioni soggettive giuridiche considerate particolarmente rilevanti, ma per le quali non esiste ancora una effettiva forma di tutela positivizzata.

In tale ottica, si spiega perché tutte le norme che sanciscono diritti *inviolabili* hanno la funzione di riconoscere non fattispecie già consolidate nella tradizione costituzionale dell’ ordinamento, ma, semmai, situazioni soggettive giuridiche che richiedono delle forme di tutela più evolute e non completamente presenti nell’ ordinamento giuridico.

Alla luce di quanto esposto, va precisato, però, che il concetto “*d’inviolabilità*” ha acquistato con il passare del tempo significati differenti. In passato, infatti, in assenza di una Costituzione rigida che garantisse l’intangibilità di alcune situazioni soggettive giuridiche dall’ ingerenza dei poteri dello Stato, attraverso il ricorso all’ “inviolabilità” si otteneva il risultato di limitare le interferenze del potere esecutivo (impedendo all’autorità amministrativa di emanare provvedimenti che avessero ad oggetto la violazione di diritti inviolabili), del potere legislativo e del potere giurisdizionale (vincolando l’ interprete da un lato, a risolvere la fattispecie in modo da assicurare l’ ampiezza massima della sfera di autonomia individuale e dall’altro, a concedere una riparazione notevole nel caso di violazione dei “diritti inviolabili”).

Oggi, invece, nel nostro sistema costituzionale il concetto d’ “inviolabilità” dei diritti non ha più lo scopo di evitare che le ingerenze dei Poteri dello Stato ledano alcune situazioni soggettive

⁶⁵ Cfr. P.GROSSI, *Il diritto costituzionale*, cit.8

giuridiche costituzionalmente garantite, posto che tale obiettivo viene già raggiunto attraverso la “rigidità” del testo costituzionale e la previsione di una serie di consolidati sistemi di controllo. Alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, pertanto, bisogna prendere atto che l’attuale funzione riconosciuta alla categoria dell’ “inviolabilità” è quella di superare l’unico vero pericolo esistente nel nostro ordinamento giuridico di una compressione dei diritti costituzionali: il procedimento di revisione costituzionale ex art.138 Cost.

A conferma di quanto appena sostenuto, sembra opportuno fare riferimento a quell’orientamento dottrinale⁶⁶ secondo cui l’*inviolabilità* non sarebbe altro che un sinonimo del concetto d’*irrieducibilità costituzionale in peius*; in altre parole, secondo tale orientamento, il Giudice delle leggi sarebbe legittimato a dichiarare una legge di revisione costituzionale incostituzionale ogni qual volta la ritenga lesiva di diritti che, per la loro enorme rilevanza, vengono definiti dalla stessa Costituzione come *inviolabili*.

A tale corrente di pensiero si potrebbe obiettare che esistono principi costituzionali quali, ad esempio, la *forma repubblicana* che, seppur non definiti come *inviolabili* dalla Costituzione, sono espressamente sottratti al processo di revisione costituzionale (si pensi, infatti, all’art.139 Cost. laddove dispone che “*La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*”). Ma a la suesposta obiezione si potrebbe controbattere, come sostenuto da

⁶⁶ Cfr. P. GROSSI *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; ID. *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974, 2097 ss.

autorevolissima dottrina⁶⁷, che la *forma repubblicana* non è suscettibile di revisione costituzionale non perché lo prevede l'art.139 Cost. (che si limita a formalizzarne l'immodificabilità), ma perché la Repubblica preesisteva alla Costituzione ed ha, pertanto, rappresentato la base su cui si è sviluppata l'attività dell'Assemblea Costituente. In altri termini, se una legge di revisione costituzionale modificasse la *forma repubblicana* andrebbe ad incidere non più sul potere *costituito* ma sul potere *costituente*, facendo venire meno, pertanto, i presupposti stessi della Costituzione e, conseguentemente, i presupposti dello stesso procedimento di revisione costituzionale *ex art.138 Cost.*

Alla luce di quanto suesposto, sembra opportuno fare un'ulteriore considerazione. Quando si parla d'*inviolabilità* come sinonimo d'*irrieducibilità costituzionale* si deve fare riferimento non alla *disposizione* costituzionale che sancisce il diritto *inviolabile*, ma alla *norma* in essa contenuta. Ciò significa che il carattere dell'*inviolabilità* non potrà impedire al legislatore di emanare leggi di revisione costituzionale, aventi ad oggetto diritti *inviolabili*, ogni qual volta tali leggi siano volte ad aumentare il grado di tutela dei diritti in esame, o apportino delle modifiche solo formali della disposizione costituzionale senza intaccare il contenuto essenziale del diritto in essa sancito.

Una volta definito cosa s'intende per *inviolabilità*, occorre stabilire quali diritti vengono ritenuti dal nostro ordinamento giuridico come *inviolabili*.

⁶⁷ Cfr .MAZZIOTTI DI CELSO, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Dir. e soc.*,1996, 313; V.CRISAFULLI,*Lezioni di diritto costituzionale*,II, cit.,71; ESPOSITO, *Commento all' art.1 della Costituzione*, in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova,1954,3

Se si fa riferimento al testo costituzionale, sarà possibile notare come la Costituzione faccia una sorta di “doppio riconoscimento” dei diritti *inviolabili*: in primo luogo, dichiara *ex art.2 Cost.* l’*inviolabilità* di tutti i *diritti dell’uomo* (l’art.2 Cost. ,infatti, recita: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*”); in secondo luogo, attribuisce espressamente il carattere dell’ *inviolabilità* al diritto alla *libertà personale ex art.13 Cost.* (secondo cui “*la libertà personale è inviolabile*”), al diritto all’ *inviolabilità del domicilio ex art.14 Cost.* (secondo cui “*Il domicilio è inviolabile*”), al diritto alla *libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione ex art.15 Cost.*, ed infine al diritto *alla difesa ex art.24 Cost.*(secondo cui “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*”).

Al riguardo, sembra opportuno precisare come per parte della dottrina⁶⁸ tale “doppio riconoscimento”d’*inviolabilità* non sia privo di significato. Infatti, secondo questo orientamento dottrinale, la generale affermazione d’*inviolabilità* dei diritti dell’uomo *ex art. 2 Cost.* implicherebbe una *irrivedibilità* dell’*esistenza* del diritto, ma non della sua *disciplina costituzionale*. In altri termini, l’*inviolabilità*, riconosciuta dalla Costituzione ai diritti dell’uomo, garantirebbe a tutte quelle situazioni soggettive giuridiche riconducibili all’art.2 Cost. di non venire intaccate nel loro contenuto essenziale, ma non potrebbe impedire un’ eventuale modifica della loro disciplina costituzionale.

⁶⁸ Cfr. P.GROSSI, *Il diritto costituzionale*, cit., 10 ss.

Viceversa, l'inviolabilità riconosciuta espressamente ai quattro diritti costituzionali (libertà personale, domicilio, libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, e diritto alla difesa) deve essere intesa come *irrivocabilità* della loro intera *disciplina costituzionale*; pertanto, il carattere dell' inviolabilità, ad essi attribuito dalla Costituzione, implicherebbe un divieto del legislatore di modificare, attraverso leggi di revisione costituzionale, non solo il contenuto essenziale dei succitati diritti ma anche la loro stessa disciplina costituzionale.

Attraverso le considerazioni sin qui svolte si è tentato di analizzare, quanto meno per grandi linee, quella corrente di pensiero che sostiene la necessità di distinguere radicalmente tra loro i concetti di “diritto *fondamentale*” e di “diritto *inviolabile*” in quanto dotati di significato assolutamente differente.

Tuttavia, ciò che in questa sede preme evidenziare è che, a conferma delle difficoltà definitorie cui l'interprete va incontro quando affronta la materia dei diritti fondamentali, la soluzione di distinguere tra loro diritti *fondamentali* e diritti *inviolabili* non è l'unica soluzione proposta in dottrina.

Si pensi, ad esempio, a quella parte della dottrina⁶⁹ secondo cui il concetto di diritti *fondamentali* costituirebbe il sinonimo di ben quattro categorie giuridiche tra loro differenti: i principi qualificati dalla Corte costituzionale come *supremi*; i primi dodici articoli della Costituzione ed altri principi che il testo costituzionale definisce espressamente come *fondamentali*; i diritti *inviolabili dell' uomo* (

⁶⁹ Cfr F MODUGNO, *Principi generali dell' ordinamento*, in *Enc.Giur.*, XXIV, 1991

come, ad esempio, quelli riconducibili all'art.2 Cost.); ed i principi fondamentali relativi alle materie che riguardano i rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale⁷⁰.

Così come si faccia riferimento, altresì, a quella autorevolissima dottrina⁷¹ che, nell'affrontare gli effetti dell'integrazione comunitaria sul fenomeno della tutela dei diritti fondamentali, afferma espressamente la volontà di utilizzare in modo indifferenziato, come sinonimi tra loro, i concetti di "diritti *fondamentali*" e di "diritti *umani*".

Nel presente lavoro si farà la scelta di utilizzare i concetti di "diritti *fondamentali*", di "diritti *umani*" e "diritti *inviolabili*" come sinonimi. Tale opzione metodologica, a nostro avviso, può essere supportata da due ordini di considerazioni.

In primo luogo, bisogna prendere atto di come non sia possibile riscontrare a livello normativo una effettiva differenziazione tra i concetti di diritti *fondamentali*, diritti *umani* e diritti *inviolabili*.

Infatti, se si affronta il fenomeno della tutela dei diritti *fondamentali* come una materia non divisa da compartimenti stagni, ma caratterizzata dall'integrazione reciproca degli ordinamenti nazionali, transnazionali ed internazionali, si potrà notare, procedendo ad una

⁷⁰ Si fa riferimento ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione in materia di rapporti tra Stato e Regioni sia nell'originale art.117 Cost. (laddove disponeva che "*la Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei **principi fondamentali** stabiliti dalla legge dello Stato, semprechè le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni*"), sia nel terzo comma *ad finem* del nuovo art.117. Cost. -così come modificato dalla riforma del Titolo V della Costituzione ex l. cost 18 ottobre 2001 n.3 - (laddove dispone che "*nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei **principi fondamentali**, riservata alla legislazione dello Stato*").

⁷¹ Cfr.A. von BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione europea? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, 872

interpretazione parallela delle fonti nazionali, internazionali e comunitarie, che i concetti di “diritto *fondamentale*”, “diritto *umano*” e “diritto *inviolabile*” vengono, spesso, utilizzati in modo indistinto ed in riferimento alla stessa fattispecie. A conferma di quanto appena detto si pensi alla Carta di Nizza⁷². Tale Carta, infatti, prende il nome di “Carta dei diritti *fondamentali* dell’ Unione europea”; tuttavia, esaminando il contenuto del suo Preambolo, non si potrà fare a meno di notare come essa si prefigga di affermare, tra gli altri, proprio i *diritti umani* riconosciuti dalla Cedu⁷³ che, a loro volta, attraverso il ricorso all’ art.2 della Costituzione Italiana (secondo cui “*La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*”) possono essere considerati diritti *inviolabili*.

La seconda ragione che spinge chi scrive ad optare per un utilizzo indifferenziato dei concetti di “diritti fondamentali”, “diritti umani” e

⁷² Si fa riferimento come è noto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea cfr. *Gazzetta Ufficiale CE* n.C364 del 18 dicembre 2000. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata elaborata da una Convenzione composta da quindici rappresentanti di Capi di Stato e di Governo degli Stati membri, un rappresentante del presidente della Commissione europea, sedici membri del Parlamento europeo e trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ogni Stato membro). Alle sessioni della Convenzione hanno partecipato, come osservatori, due membri della Corte di giustizia delle comunità europee, due rappresentanti del Consiglio d’Europa, di cui un membro della Corte europea dei diritti umani. Sotto la presidenza finlandese dell’Unione il Consiglio europeo di Tampere, svoltosi il 14 e 15 ottobre 1999, precisava la composizione della Convenzione e prescriveva la totale pubblicità e trasparenza degli incontri e di tutti i documenti prodotti. Nella prima di queste riunioni, tenutasi il 17 Dicembre 1999 a Bruxelles, i membri della Convenzione si sono dati come presidente Roman Herzog, ex presidente della Repubblica federale di Germania ed ex presidente del Tribunale costituzionale tedesco. Il Praesidium della Convenzione ha riunito il Presidente e tre vice-presidenti. Poco meno di un anno dopo, il 2 ottobre 2000, il presidente Herzog ha trasmesso il progetto preliminare della Carta al Consiglio europeo che lo ha esaminato a Biarritz, il 13 e 14 ottobre 2000, e lo ha approvato a Nizza.

⁷³ Il Preambolo della Carta di Nizza, infatti, così recita: “*La presente Carta riafferma (...) i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull’ Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali (...)*”.

“diritti inviolabili” è il timore che una qualunque classificazione applicata alla materia dei diritti fondamentali finisca per trasformarsi da utile strumento di comprensione a causa d’ingiustificata differenziazione di tutela, determinando, pertanto, un appesantimento delle particolari esigenze di garanzia che connotano la materia in esame. D’altronde, ciò che veramente importa quando si parla di diritti *fondamentali* è che sia possibile ricomprendere all’interno di tale categoria tutte quelle situazioni soggettive giuridiche che , costituendo il nocciolo duro del nostro ordinamento giuridico (al di sopra della disponibilità stessa del legislatore), rappresentano l’elemento che rende lo Stato di diritto uno “Stato costituzionale”⁷⁴.

⁷⁴ Sulla definizione di Stato Costituzionale inteso come uno Stato democratico connotato da principi fondamentali –di dignità, di libertà, di eguaglianza, di separazione dei poteri, di legalità- cui venga riconosciuta portata di *un diritto più alto della legge* cfr. C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Jovene, Napoli, 2006, 119 ss.

CAPITOLO II

IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

1 IL PROCESSO DI AFFERMAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA-2. NOTAZIONI SULL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI - 3. IL RICONOSCIMENTO COMUNITARIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI ASSOLUTI- 4. LA CARTA DI NIZZA

1 IL PROCESSO DI AFFERMAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA

Fino all'inizio degli anni settanta le Comunità europee si sono mostrate del tutto indifferenti in riferimento all' esigenza di garantire una tutela prioritaria dei diritti fondamentali a livello comunitario.

Infatti, inizialmente, i Trattati istitutivi delle Comunità europee hanno dimostrato assoluto disinteresse per i diritti fondamentali non facendone alcuna menzione nel Trattato di Roma del 1957. Quest'ultimo, pertanto, al di là di alcune affermazioni di principio (quali: la volontà di garantire la pace e la libertà, di migliorare la qualità della vita e del lavoro, e di abolire le discriminazioni fondate sulla nazionalità tra i cittadini degli Stati membri) si limitava a riconoscere, esclusivamente, quelle situazioni soggettive giuridiche funzionali e strumentali alla realizzazione degli obiettivi economici della

Comunità . In quest'ottica, quindi, si comprende perché i Trattati istitutivi delle Comunità europee hanno, in principio, riconosciuto solamente diritti prodromici alla realizzazione di un mercato unico europeo quali: la libertà *di concorrenza*, la libertà *di circolazione delle merci, dei capitali e dei lavoratori*, la libertà *di stabilimento* e la libertà *di prestazione dei servizi*.

Né maggiormente sensibile alla problematica dei diritti fondamentali si è, inizialmente, mostrata la stessa Corte di giustizia. Caso emblematico di quanto appena detto è la sentenza *Stork* del 1959⁷⁵. Con questa decisione la Corte di giustizia si è pronunciata su un ricorso proposto da alcune imprese tedesche avverso una decisione emanata dalla Alta Autorità della CECA. In particolare, i ricorrenti lamentavano la violazione, da parte della decisione impugnata, di una serie di diritti fondamentali riconosciuti da quasi tutte le Costituzioni degli Stati membri. e, pertanto, richiedevano che venisse dichiarata l'illegittimità dell'atto emanato dalla Alta Autorità. Ebbene, la Corte di giustizia, nel rigettare il ricorso, sancisce due punti fondamentali (significativi dell'iniziale "insensibilità" del giudice comunitario in materia di diritti fondamentali): in primo luogo, dichiara la legittimità della decisione impugnata in quanto -sostiene la Corte- l'Alta Autorità si è limitata ad applicare il Trattato, non essendo competente ad applicare il diritto degli Stati membri (e, quindi, i diritti inviolabili riconosciuti dagli ordinamenti interni); in secondo luogo, la Corte afferma espressamente di non essere competente a decidere sulla

⁷⁵ Cfr. Corte di giustizia sent. *Stork*, causa 1/58 del 4 febbraio 1959 (conformi cfr. Corte di giustizia sent. *Uffici di vendita del Carbone della Ruhur*, cause riunite 36-38 e 40/1959 del 16 luglio 1960 ; Corte di giustizia sent. *Sgarlata*, causa 40/64 del 1 aprile 1965)

violazione dei diritti fondamentali, posto che quest'ultimi non hanno espresso riconoscimento nei Trattati comunitari.

Questo iniziale atteggiamento di disinteresse delle Comunità europee nei confronti dei diritti fondamentali può, probabilmente, trovare quattro possibili spiegazioni.

In primo luogo, facendo una considerazione di tipo comparatistico, si può notare come un'elencazione sistematica di diritti fondamentali non sia mai stata considerata una condizione necessaria per l'esistenza non solo di una organizzazione internazionale (quale l'Unione europea) ma, altresì, della stessa Costituzione di uno Stato. A dimostrazione di quanto appena detto, si pensi, ad esempio, alla Costituzione francese del 1958 che non fa alcun cenno ad un catalogo di diritti fondamentali; o, ancora, si pensi al *Grundgesetz* che riconosce i diritti di libertà, ma, pur facendo espresso riferimento al *Sozialstaat*, non indica alcuna elencazione dei diritti sociali.

In secondo luogo, è verosimile, se si fa riferimento al limitato ambito funzionale del Trattato CECA (che non lasciava spazio alcuno ad interferenze con i diritti dei cittadini delle Alte Parti contraenti) ed alla volontà degli Stati membri (espressa in sede di elaborazione del Trattato CEE) di limitare l'espansione delle competenze comunitarie, che l'elaborazione di un vero e proprio catalogo di diritti fondamentali delle Comunità europee sia stato considerato un atto troppo prematuro per quella fase iniziale di assestamento dell'ordinamento comunitario. In terzo luogo, come autorevolmente sostenuto⁷⁶, la Corte di giustizia ha avuto come unico obiettivo,

⁷⁶ Cfr. J. H. H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice, in the Protection of Fundamental Human Rights within*

all'inizio della sua attività giurisprudenziale, di ribadire la separatezza ed autonomia del diritto comunitario dagli ordinamenti nazionali, al fine di porre le basi per consentire alla neo-nata struttura europea di cominciare ad essere effettiva.

Da ultimo, come già acutamente sostenuto⁷⁷, va considerato che la Corte di giustizia, sebbene avesse potuto fin dall'inizio utilizzare a tutela dei diritti fondamentali la propria attività interpretativo-creativa (cosa che farà a partire dagli anni settanta), non ne ha sentito inizialmente l'esigenza, posto che, non essendosi ancora concluso il processo d'integrazione comunitaria, il giudice comunitario non poteva essere investito che in relazione a questioni relative all'integrazione economica.

Innanzitutto a tale notevole *deficit* di tutela, determinato dal disinteresse dei Trattati istitutivi delle Comunità, la Corte di giustizia, a partire dai primi anni settanta, ha iniziato *iure pretorio* a dar vita ad un sistema di protezione a livello comunitario dei diritti fondamentali. In questo senso, sembra opportuno fare riferimento a quell'orientamento dottrinale secondo cui le Comunità europee “*solo attraverso la prassi e la propria evoluzione hanno accettato l'antropocentrismo come base dell'intero sistema statale e superstatale*”⁷⁸

Questo improvviso “cambiamento di marcia” del giudice comunitario può, probabilmente, essere spiegato in questi termini. Innanzitutto,

the Legal Order of the European Communities, in *Washington Law Review*, 1986, 1111-1115

⁷⁷ Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, cit., 148

⁷⁸ Cfr. A. RAINER, *El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa*, in J. CORCUERA ATIENZA (a cura di), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, 33ss.

bisogna considerare che la Corte di giustizia, prendendo atto del galoppante processo di sviluppo del fenomeno comunitario, ha, sempre più, preso consapevolezza delle possibili ingerenze dell'azione comunitaria nei confronti dei diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri i quali, in assenza di un giudice comunitario da adire, sarebbero rimasti privi di tutela. In secondo luogo, come acutamente sostenuto⁷⁹, la Corte di giustizia ha considerato il riconoscimento dei diritti fondamentali come uno strumento prodromico per facilitare il processo d'integrazione comunitaria. In sintesi, la Corte, probabilmente per la consapevolezza del *deficit* democratico che caratterizza il sistema comunitario, ha preso atto che il processo d'integrazione si sarebbe potuto sviluppare solo se i principi fondanti degli ordinamenti dei singoli Stati membri non si fossero sentiti minacciati dall'applicazione del diritto comunitario.

Inoltre, si è manifestata nella Corte di giustizia, una volta concluso il processo d'integrazione economica, la chiara volontà d'individuare uno "zoccolo duro" di valori che consentisse l'affermazione di una identità non solo economica ma anche culturale dell'Unione Europea. In tal senso, parte della dottrina⁸⁰ ha parlato di una *funzione unificante* del riconoscimento comunitario dei diritti fondamentali. In altri termini, secondo tale orientamento, il tema dei diritti fondamentali verrebbe a costituire un'importante punto d'incontro tra i sistemi giuridici degli Stati membri non solo occidentali (che da sempre

⁷⁹ Cfr. T. EILMANSBERGER, *The Relationship between Rights and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link*, in *Common Market Law Review*, 2004, 1199 ss.

⁸⁰ Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie*, cit., 146; A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, Mondadori, 2002, 69 ss.

hanno condiviso un nucleo di principi e di valori comuni) ma anche orientali.

La prima decisione con cui la Corte di giustizia dà inizio alla sua attività interpretativa a tutela dei diritti fondamentali si ha con la sentenza *Stauder* del 12 novembre 1969⁸¹. Il fatto su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi è il seguente. Una decisione della Commissione CEE⁸² autorizzava gli Stati membri a distribuire, a prezzi ridotti, le eccedenze di produzione di burro a favore dei beneficiari di determinate forme di assistenza sociale. Tale distribuzione viene, in Germania, subordinata alla presentazione di “buoni nominativi”. Il Signor *Stauder* propone ricorso contro il *Sozialamt* della città di *Ulm* che pretendeva, in applicazione della decisione comunitaria, di registrare il suo nome quale beneficiario (in quanto titolare di una pensione di guerra) di alcuni etti di burro smaltiti dai magazzini della CEE; in particolare, il ricorrente lamentava di aver subito, a causa dell’obbligo di dichiarare il suo nome, una violazione della propria *dignità personale* e del principio di *uguaglianza*. Il *Verwaltungsgericht* di Stoccarda, pertanto, ha deferito⁸³ ex art. 177 del Trattato CEE la questione alla Corte di giustizia, chiedendo una sua pronuncia in relazione alla compatibilità della decisione impugnata rispetto ai principi generali del diritto comunitario. Ciò che rileva, ai fini della presente ricerca, è che la Corte, sebbene nel caso di specie non si sia pronunciata sulla lamentata violazione del diritto, sancisce nella sentenza in esame due

⁸¹ Cfr. il famoso *obiter dictum* della sent. 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt*, in *Raccolta*, 1969, 419

⁸² Cfr. decisione 12 febbraio 1969 n. 69/71, art.4.

⁸³ Cfr. *Verwaltungsgericht* di Stoccarda, ordinanza 18 giugno 1969

punti importanti: in primo luogo, riconosce, per la prima volta, i diritti fondamentali come *principi generali dell'ordinamento comunitario* (riconoscendo, implicitamente, anche il diritto dedotto in giudizio: la *dignità della persona*); ed in secondo luogo, il giudice comunitario si attribuisce il compito (proprio perché considerati *principi dell'ordinamento comunitario*) di garantire il rispetto dei diritti della persona. A conferma di ciò, si faccia riferimento alla motivazione della sentenza in esame laddove afferma che “ (...)Così interpretata, la disposizione di cui e causa non rileva alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che **fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza**”⁸⁴

Un'altra tappa importante di questo processo comunitario di riconoscimento giurisprudenziale dei diritti della persona è segnato dalla sentenza *Internationale Handelgesellschaft* del 17 dicembre 1970⁸⁵. Con tale pronuncia la Corte in primo luogo, ribadisce che “la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza (...)” ed in secondo luogo, aggiunge che “ (...)La salvaguardia di questi diritti, essendo **informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri**, va garantita entro l'ambito della **struttura e delle finalità della Comunità**”⁸⁶. In sintesi, attraverso questa decisione

⁸⁴ Cfr *obiter dictum* della sent. 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt*, cit., par.7

⁸⁵ Cfr Corte di Giustizia, sent.17 dicembre 1970, causa 11/70,. *Internazionale Handelgesellschaft MbH c.Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in *Raccolta*,1970,1125

⁸⁶ Cfr. sent.17 dicembre 1970, causa 11/70,. *Internazionale Handelgesellschaft*, cit., par. 4

viene, per la prima volta, espressamente fatto riferimento al parametro delle *tradizioni costituzionali comuni* quale *fonte d'ispirazione* della Corte di Giustizia per l'individuazione ed il riconoscimento dei diritti fondamentali a livello comunitario.

Una successiva emblematica decisione sul tema in commento è rappresentata dalla sentenza *Nold* del 14 maggio 1974⁸⁷.

In tale pronuncia la Corte di giustizia, al fine di tutelare i diritti della persona, non si limita a ribadire l'esigenza d'ispirarsi alle *tradizioni costituzionali comuni* ma aggiunge di dover tener conto “*dei Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito*”⁸⁸. Pertanto, l'aspetto più significativo della decisione in esame è che la Corte ha affiancato al parametro delle *tradizioni costituzionali*, al fine di riconoscere i diritti della persona da tutelare, anche i Trattati internazionali in materia, facendo, conseguentemente, un implicito riferimento alle fattispecie riconosciute dalla Cedu; quanto detto rileva ancor di più se si considera che l'Unione europea, a tutt'oggi, non ha ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

A dimostrazione di quanto suesposto, si noti come, appena un anno dopo la pronuncia della decisione succitata, la Corte renda manifesta, nella sentenza *Rutili* del 28 ottobre del 1975⁸⁹, la chiara volontà

⁸⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 14 maggio 1974 ,causa 4/73, *J.Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, 491

⁸⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 14 maggio 1974 ,causa 4/73, *J.Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*, cit., par.14

⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 28 ottobre 1975, causa 36/75. *Rutili*.

d'introdurre, tra le proprie *fonti d'ispirazione* in materia di diritti fondamentali, il testo della Cedu.

Un' analisi relativa alle decisioni più significative della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali non può non prendere in considerazione la famosa sentenza *Hauer* del 13 dicembre 1979⁹⁰.

I punti salienti da evidenziare in questa sentenza sono due. In primo luogo, la Corte, attraverso la sentenza in commento, ribadisce la nascita di un settore autonomo di tutela dei diritti fondamentali in seno all'ordinamento comunitario. In secondo luogo, la Corte di giustizia chiarisce i criteri da utilizzare per stabilire quando le limitazioni dei diritti fondamentali, disposte dalla normativa comunitaria, possano essere considerate giustificate e, quindi, legittime. Nello specifico, il giudice comunitario precisa che sono da ritenersi legittime soltanto quelle limitazioni dei diritti fondamentali che rispondono a tutti e tre i seguenti criteri: cioè devono perseguire “*obiettivi d'interesse generale della Comunità*”; non devono costituire “*un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti*”; e non devono ledere “*il contenuto essenziale*”⁹¹ dei diritti fondamentali”⁹².

La protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario ha continuato a svilupparsi attraverso numerose altre sentenze fino ad

⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Raccolte*, 1979, 3727

⁹¹ Sulle critiche mosse dalla dottrina in relazione al fatto che la Corte di giustizia non ha mai cercato di definire con esattezza cosa intenda per *contenuto essenziale* dei diritti fondamentali cfr. NOTTHOFF, *Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft. Herleitung, Gewährleistungsintensität und Einschränkungsmöglichkeiten europäischer Grundrechte am Beispiel der Berufsfreiheit*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1995, 541ss.; V RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, München, 1993, 214

⁹² Cfr. Corte di Giustizia, sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer*, cit., par. 23

arrivare, trentanni dopo la prima decisione in materia (la sent. *Stauder*), alla pronuncia della nota sentenza *Kreil* del 11 gennaio 2000⁹³. In tale decisione la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto dalla Signorina Tanja Kreil, la quale lamentava il fatto che la Costituzione federale tedesca (nello specifico, l'art.12) non le consentisse, in quanto donna, di realizzare la sua aspirazione al servizio nelle forze armate federali. Ebbene, la Corte di giustizia è giunta alla conclusione che l'art.12 ,co.4, della Costituzione federale tedesca, qualora venga interpretato nel senso di proibire agli individui di sesso femminile l'accesso alle forze armate, deve ritenersi in chiara violazione del *principio di non discriminazione* che trova espressa tutela nella giurisprudenza comunitaria⁹⁴

In relazione alla sentenza appena esposta vanno sottolineati due aspetti di particolare importanza. In primo luogo, bisogna notare come la Corte di giustizia, attraverso lo strumento dei diritti fondamentali, sia riuscita a spingere il proprio sindacato sino a valutare la legittimità di una normativa relativa ad una materia non comunitaria (quale, appunto, la materia delle forze armate). In secondo luogo, va ricordato che l'effetto della decisione in esame è stato talmente incisivo da spingere il *Bundesrat*, in seguito alla pronuncia della sentenza, ad approvare una modifica costituzionale dell' art.12 in modo da renderlo conforme alle indicazioni manifestate dalla Corte di giustizia⁹⁵.

⁹³ Cfr. Corte di Giustizia, sent11 gennaio 2000, causa 285/98. *Kreil*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*,2000,767

⁹⁴ Al riguardo cfr. A.RUGGERI, *La corte di giustizia ed il sindacato su norme costituzionali irragionevoli per incompatibilità con il diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*,2000,767

⁹⁵ Al riguardo cfr.S NINATTI,*Le Donne e il servizio di leva in Germania*,in *Diritto pubblico comparato ed europeo*,2001,240 ss.

Questo breve *excursus* su alcune delle tappe più importanti attraverso cui la Corte di giustizia ha cominciato ad erigersi a “difensore delle libertà fondamentali” consente, come sostenuto da parte della dottrina⁹⁶, di individuare quali sono stati i tre principali “punti-guida” attorno ai quali si è sviluppata l’intera attività giurisprudenziale della Corte in materia.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha sancito il rispetto dei diritti umani come *condizione necessaria di legittimità* degli atti comunitari. In secondo luogo si è affermato, a livello giurisprudenziale, un *dovere, in capo alle istituzioni comunitarie, di assicurare il rispetto* dei diritti della persona; dovere che va inteso in senso non solo *negativo* (cioè, come dovere di *astensione* dal porre qualunque violazione), ma anche, e soprattutto, *positivo*(cioè come dovere di *garantire il rispetto* di tali situazioni soggettive giuridiche).

Da ultimo, preme evidenziare come la giurisdizione della Corte di giustizia, facendo leva sulla tutela dei diritti umani, sia riuscita, in alcuni casi, ad estendersi anche al di fuori della sfera di applicazione del diritto comunitario.

Le istituzioni comunitarie, innanzi a questo “galoppante” riconoscimento giurisprudenziale dei diritti fondamentali, non hanno potuto più disinteressarsi del problema ed hanno cominciato a recepire nei Trattati i principi sanciti dalla Corte di giustizia in materia.

Il primo esempio di norma comunitaria di rango primario che si è, espressamente, occupata della problematica dei diritti della persona è

⁹⁶ Cfr. P ALSTON, J H H WEILER, *An “Ever Closer Union” in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, in P ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 25

l'Atto Unico europeo del 1986. Nel suo Preambolo, infatti, si legge che gli Stati contraenti *“sono decisi a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, con particolare riguardo alla libertà, all'uguaglianza e alla giustizia sociale”*.

Un'ulteriore tappa fondamentale, nel processo di recepimento dei diritti della persona da parte di norme comunitarie di rango primario, è rappresentata dall'art.6, secondo comma , del Trattato dell'Unione (così come introdotto dall'art.F del Trattato di Maastricht e poi confermato dal Trattato di Amsterdam.).

Nello specifico, l'art. F, par.2 del Trattato di Maastricht sanciva il rispetto dei diritti fondamentali *“quali sono garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”*; ma, va precisato che la suesposta disposizione non rientrava tra le competenze della Corte di giustizia. Pertanto, proprio in riferimento a questo *deficit* di competenza del giudice comunitario, la conferenza intergovernativa per la revisione del Trattato, conclusa ad Amsterdam nel giugno del 1997, ha adottato un documento che sancisce due punti importanti in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali

In primo luogo, tale documento, riprendendo quasi testualmente l'art.F del Trattato di Maastricht, ribadisce che *“L'Unione è fondata su*

principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, quali principi comuni agli Stati membri". Tale disposizione, inoltre, acquista ancor più significato se si considera che il Trattato di Amsterdam proclama, come proprio obiettivo di politica estera e sicurezza sociale, *"lo sviluppo e il consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, così come il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali"*.

In secondo luogo, il Trattato di Amsterdam da un lato, attribuisce la competenza giurisdizionale relativa alla disposizione in commento alla Corte di giustizia e dall'altro, rafforza il sistema di tutela introducendo la c.d. procedura di *altering* e di sanzione del Paese Membro *ex art.7 TUE* (che è una clausola analoga all'art.8 dello Statuto del Consiglio d'Europa).

Nello specifico, l' art.7 TUE introduce una procedura d'intervento del Consiglio, previo parere conforme del Parlamento europeo, nei confronti di un Stato membro che abbia commesso gravi e persistenti violazioni dei diritti fondamentali e che consente di disporre, a titolo di sanzione, la sospensione temporanea di alcuni diritti (tra i quali, il diritto di voto del rappresentante del governo dello Stato in seno al Consiglio) derivanti allo Stato membro dall'applicazione del Trattato.

Ed ancora, per avere un'ulteriore conferma dell' adesione da parte delle istituzioni comunitarie alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti della persona, si faccia, altresì, riferimento agli artt. 46 e 49 del Trattato dell'Unione.

Infatti, l'art.46 TUE attribuisce alla Corte di giustizia il compito di sindacare gli atti delle istituzioni comunitarie per eventuali violazioni

dei diritti fondamentali; mentre, l'art.49 TUE , riconoscendo il rispetto dei diritti fondamentali come presupposto imprescindibile per l'adesione all'Unione europea, rende ,al contempo, la tutela dei diritti fondamentali una condizione necessaria per l'ingresso nell' Unione, così come, il mancato rispetto dei diritti umani diventa chiaro motivo di non ammissione.

Da ultimo, bisogna evidenziare come il fatto che i diritti fondamentali siano stati, finalmente, riconosciuti anche da norme comunitarie di rango primario comporta un corollario importantissimo; e cioè, la possibilità di far valere la violazione dei diritti della persona, in quanto violazione dei Trattati, attraverso l'esperimento dei tradizionali ricorsi comunitari: il ricorso per *annullamento*⁹⁷ ed il ricorso per *inadempimento*⁹⁸.

⁹⁷ Come è noto il ricorso per *annullamento* ha ad oggetto atti delle istituzioni comunitarie posti in violazione dei Trattati. Ex art.230 TCE gli atti impugnabili con ricorso di annullamento sono soltanto gli atti delle istituzioni aventi effetti vincolanti. Nello specifico la Corte può, tramite questo mezzo d' impugnazione comunitario, esercitare il controllo di legittimità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione, della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Ai sensi dell'art. 230 TCE la legittimazione a proporre ricorso di annullamento alla Corte di giustizia spetta a due categorie di soggetti. In primo luogo, spetta alle istituzioni comunitarie (Parlamento, Consiglio e Commissione) ed agli Stati membri; tali soggetti possono agire in qualunque situazione. Interessante è la posizione della BCE e della Corte dei Conti, in quanto tali istituzioni possono agire solo "*per la salvaguardia delle proprie prerogative*"(art.230, co.3 TCE).. In secondo luogo, sono legittimati a proporre ricorso per annullamento i privati(persone fisiche e giuridiche); tali soggetti, però, devono prima proporre ricorso al Tribunale di primo grado e solo nell' ipotesi in cui gli atti impugnati li riguardino direttamente e individualmente (art.230, co.4 TCE). Il ricorso è sottoposto ad un termine di decadenza di due mesi dalla pubblicazione o dalla notificazione dell'atto (in mancanza della notificazione il termine decorre dal giorno in cui il ricorrente ha avuto conoscenza dell'atto). I vizi che si possono fare valere con il ricorso per *annullamento* (elencati nel 2° comma dell'art.230) sono: l'incompetenza (quando l'istituzione che ha emanato l'atto non aveva il potere di farlo); la violazione delle forme sostanziali(cioè la mancanza di un requisito di forma essenziale per la formulazione dell' atto – ad esempio : la mancata richiesta, da parte del Consiglio, del parere del Parlamento europeo quando ciò sia

previsto dal Trattato-); la violazione del Trattato e delle norme relative alla sua applicazione; sviamento di potere.

⁹⁸ Come è noto con il ricorso per *inadempimento* si fa valere una violazione degli obblighi degli Stati membri derivanti dai Trattati e dagli atti vincolanti delle istituzioni comunitarie. Il ricorso può essere proposto dalla Commissione(art.226 TCE) o da uno Stato membro(art. 227 TCE). Per quanto riguarda la procedura *ex* art.226 TCE, la giurisprudenza comunitaria ha sancito che il ricorso può essere proposto solo dalla Commissione (cfr. Cort.di giustizia ord.del 23 gennaio 1995, in cui la Corte ha affermato che è irricevibile il ricorso di annullamento proposto da una persona fisica o giuridica avverso una decisione della Commissione di non istaurare nei confronti di uno Stato membro un procedimento d'inadempimento; infatti, secondo la Corte, la Commissione non ha l'obbligo di avviare una procedura ai sensi dell'art.226 TCE del Trattato, ma dispone al riguardo di un potere discrezionale che esclude il diritto dei singoli di esigere che essa decida in un senso determinato). La *ratio* del ricorso per *inadempimento* esercitato dalla Commissione, quest'ultima realizza il proprio compito di vigilanza sull'applicazione delle disposizioni del Trattato e sulle disposizioni adottate in sua applicazione. La procedura è la seguente. Se la Commissione reputa che uno Stato membro abbia violato gli obblighi derivanti dai Trattati, emette un parere motivato dopo averlo posto in condizione di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia(art.226 TCE). Vi sono due fasi del procedimento. La prima fase è di tipo precontenzioso e si svolge innanzi alla Commissione. Tale fase si caratterizza, in primo luogo per una *lettera di messa in mora* tramite cui la Commissione mette in evidenza la violazione commessa dallo Stato e fissa una scadenza entro la quale, quest'ultima, deve presentare le sue osservazioni in proposito; dopo la lettera di messa in mora, ricevute le osservazioni o in assenza delle stesse, la Commissione indirizza allo Stato un *parere motivato* che viene adottato soltanto se non si raggiunge nessun accordo tra lo Stato e la Commissione. Attraverso tale parere la Commissione sottolinea l'inadempimento ed invita lo Stato a conformarsi agli obblighi del Trattato. La fase contenziosa inizia solo nel momento in cui lo Stato non si sia conformato in tempo utile al parere motivato. Pertanto, in questa ipotesi, la Commissione può adire la Corte, ma il ricorso avrà ad oggetto l'inosservanza dello Stato interessato non verso il parere motivato, ma gli obblighi derivanti dai trattati. Per quanto attiene alla procedura promossa da uno Stato membro, innanzitutto va precisato che il ricorso per inadempimento può essere proposto da qualsiasi Stato membro.(che, quindi, viene posto sullo stesso piano dell'istituzione comunitaria). In secondo luogo, va precisato che lo Stato può adire la Corte sulla base di una violazione del Trattato, a prescindere dall'esistenza di un concreto interesse (ciò perché il ricorso in esame è posto a tutela degli interessi della Comunità e non di quelli degli Stati ricorrenti). Lo Stato, a pena d'irricevibilità del ricorso, prima di rivolgersi alla Corte deve, comunque, adire la Commissione che, una volta adita, può assumere posizioni diverse. Se la Commissione reputa non fondate le motivazioni dello Stato ricorrente o appoggia la tesi dello Stato imputato dell'inadempimento, lo Stato che agisce potrà, comunque, adire la Corte di giustizia. Se la Commissione condivide le motivazioni dello Stato ricorrente, dovrà fornire un *parere motivato* e lo Stato potrà adire la Corte di giustizia solo se lo Stato imputato dell'inadempimento non si sia conformato in tempo utile al parere. Infine, se la Commissione per tre mesi non esprime nessun parere al riguardo, lo Stato ricorrente potrà adire direttamente la Corte.

Nello specifico, in caso di violazione dei diritti fondamentali, potranno, in primo luogo, proporre ricorso di *annullamento* gli Stati membri o le istituzioni comunitarie, impugnando gli atti di un istituzione comunitaria che, in quanto lesivi di diritti della persona, si ritengono adottati in violazione dei Trattati.

In secondo luogo, nel caso di violazione di diritti umani riconosciuti a livello comunitario, i privati potranno proporre ricorso di *annullamento* avverso gli atti comunitari che - avendo determinato la lesione di un diritto fondamentale - si considerano assunti in violazione dei Trattati. In questa ipotesi, va, comunque, precisato che il privato potrà proporre ricorso solo se gli atti impugnati producono effetti giuridici obbligatori *immediatamente lesivi* degli interessi del ricorrente e, inoltre, dovrà prima adire il Tribunale di primo grado.

Infine, le istituzioni comunitarie potranno proporre ricorso per *inadempimento* contro atti o comportamenti omissivi degli Stati membri ritenuti lesivi di diritti fondamentali e , conseguentemente, del diritto comunitario.

Infine, preme evidenziare come il fatto che sia possibile esperire i tradizionali ricorsi comunitari per far valere una violazione di diritti fondamentali non ha prodotto particolari conseguenze in relazione agli effetti delle sentenze di accoglimento che, quindi, continuano ad essere sottoposte alle regole generali. Tuttavia, ai fini di una maggiore effettività della tutela dei diritti umani, svolge un ruolo particolarmente significativo la regola in base alla quale, in caso di accoglimento del ricorso per *annullamento*, all' annullamento dell'atto impugnato può seguire l' accertamento di una responsabilità

extracontrattuale della Comunità (dovuta all'azione dell'istituzione che abbia creato grave pregiudizio agli interessi dei singoli) e, conseguentemente, l'obbligo di risarcimento del danno causato.

2. NOTAZIONI SULL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI

Il processo(esaminato nel precedente paragrafo) , attraverso cui la Corte di giustizia ha iniziato, *iure pretorio*, a riconoscere i diritti fondamentali a livello comunitario merita alcune considerazioni.

Innanzitutto, bisogna evidenziare che fintantoché la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto come fondamentali diritti di natura strettamente economica, le Corti Costituzionali nazionali non hanno mostrato particolare preoccupazione. Si pensi alla sentenza *Nold* del 14 maggio 1974⁹⁹ avente ad oggetto il problema di stabilire se il *rischio d'impresa* possa determinare una lesione della *libertà d'iniziativa economica*. Al riguardo, la Corte di giustizia ha escluso la possibilità di lamentare lesioni dei diritti economici fondamentali di individui o di imprese (anche in relazione alle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali e dei Protocolli addizionali di questa , in tema di tutela della proprietà e di iniziativa economica) allorquando le situazioni soggettive coinvolte s'identificassero in:*semplici interessi* o *possibilità di indole commerciale*. Ebbene, ciò che qui rileva è che sull'orientamento accolto dal giudice comunitario, sebbene il tema in esame fosse particolarmente delicato, le Corti Costituzionali degli Stati membri non hanno assunto, al riguardo, alcuna posizione particolare.

⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 14 maggio 1974 ,causa 4/73, *J.Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*.,cit.,

Questa “indifferenza” che le giurisprudenze costituzionali nazionali hanno mostrato verso il riconoscimento comunitario dei diritti fondamentali economici sembra poter essere giustificato sulla base di due ordini di considerazioni. In primo luogo, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁰⁰, le Corti Costituzionali degli Stati membri non hanno, spesso, considerato le *libertà economiche* come situazioni soggettive giuridiche facenti parte della categoria dei *diritti fondamentali*.

In secondo luogo, le pronunce della Corte di giustizia volte a tutelare diritti fondamentali di natura economica sono state considerate, dalle giurisprudenze costituzionali nazionali, chiare manifestazioni di quelle “*cessioni di sovranità necessarie per la costituzione di un ordinamento (quale quello comunitario) che ponesse le basi comuni per lo sviluppo economico dei Paesi membri*”¹⁰¹, e , pertanto, sentenze insindacabili.

Viceversa , laddove la Corte di giustizia ha iniziato, anche in seguito al consolidamento del processo d’integrazione economica, a riconoscere *iure pretorio* una serie di diritti fondamentali non più solo di natura economica, le Corti Costituzionali, temendo probabilmente di subire una delegittimazione , hanno cominciato a rivendicare la propria competenza esclusiva nella tutela dei diritti fondamentali

¹⁰⁰ Cfr. C PINELLI, *La Carta europea dei diritti e il processo di “costituzionalizzazione” del diritto europeo*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale : Italia e Spagna a confronto*, A PIZZORUSSO-A ROMBOLI -A RUGGERI- G SAITTA – SILVESTRI (a cura di), Milano, Giuffrè,2003,7

¹⁰¹ Cfr. P.BILANCIA,*Possibili conflittualità e sinergie*,cit,147

arroccandosi sulla tutela dei principi *supremi* dell' ordinamento costituzionale ¹⁰².

Un' ulteriore considerazione da fare è che bisogna prendere atto che il processo di affermazione dei diritti della persona a livello comunitario ha inciso profondamente anche sul modo d'interpretare gli atti comunitari. A dimostrazione di quanto appena detto si faccia riferimento alla sentenza *Kent Kirk* del 1984¹⁰³. In tale decisione la Corte ha affermato che il regolamento comunitario¹⁰⁴ oggetto del ricorso non poteva “*essere interpretato nel senso di legittimare ex post facto misure nazionali che impongano sanzioni penali*”. Ebbene, ciò che qui rileva è che la Corte, a fondamento della sua decisione, ha fatto riferimento al principio fondamentale *nulla poena sine lege* in quanto “*comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e sancito nell' art. 7Cedu, così da porsi fra i principi generali del diritto la cui osservanza è garantita dalla Corte di giustizia*”.

O, ancora, si faccia riferimento alla sentenza *Johnston* del 1986¹⁰⁵. In tale pronuncia la Corte ricava da una direttiva comunitaria (oggetto della decisione in esame), concernente il *divieto di discriminazione in base al sesso*, il principio per cui “*tutti gli individui hanno diritto a un ricorso effettivo di fronte a un tribunale competente, contro le misure che essi ritengono contrarie al principio di eguale trattamento fra*

¹⁰² In riferimento alla posizione assunta dalla Corte costituzionale e all'elaborazione della c.d. *teoria dei controlimiti* cfr. Cort. Cost. Sent. n. 170/1984, cit.; in riferimento alla posizione assunta dal Tribunale costituzionale tedesco cfr. *Bundesverfassungsgericht*, sez. II, sent. 12 ottobre 1993, nn.2134/92 e 2159/92

¹⁰³ Corte di giustizia, sent. *Kent Kirk*. del 1984, causa 63/83.

¹⁰⁴ Si trattava di un regolamento comunitario che autorizzava retroattivamente l'ingiunzione emessa dalle autorità inglesi finalizzata ad evitare l'avvicinamento di navi da pesca straniere alle acque costiere

¹⁰⁵ Corte di giustizia, sent *Johnston* del 1986, causa 224/84.

uomo e donna, quale sancito dalla stessa direttiva". Pertanto, ciò che preme sottolineare al riguardo è che il giudice comunitario è giunto a tale decisione attraverso un' interpretazione della direttiva comunitaria in esame alla luce del diritto fondamentale *a un effettivo rimedio giurisdizionale*, discendente dalle *tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri* e dagli artt. 6 e 13 Cedu.

Un altro aspetto molto importante da sottolineare è che, come affermato da parte della dottrina¹⁰⁶, ogni qual volta la Corte di giustizia, al fine di individuare i diritti della persona, ha fatto riferimento alle *tradizioni costituzionali comuni* degli Stati membri e ai *sistemi di protezione internazionale* in materia, ha cercato sempre di precisare che si tratta non di fonti dell' ordinamento comunitario ma di *fonti d'ispirazione* della Corte stessa. In altri termini, in ogni rinvio del giudice comunitario ai Trattati internazionali sui diritti umani, alla Cedu ed alle *tradizioni costituzionali comuni* tali fonti, a dimostrazione "*dell'indipendenza e dell'immanenza* (all'interno dell'ordinamento comunitario) *della tutela accordata* (dalla Corte di giustizia) *ai principi e ai diritti fondamentali*"¹⁰⁷, sono state recepite non in quanto tali ma perché considerate manifestazione di *principi generali dell' ordinamento comunitario*.

A dimostrazione di quanto appena detto, si pensi alla sentenza *Internationale Handelgesellschaft* del 17 dicembre 1970¹⁰⁸, laddove dichiara che "*il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel*

¹⁰⁶Cfr. A G CHUECA RICARDO, *Los derchos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, 2°edizione, 1999, 96

¹⁰⁷ Cfr. M CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 34

¹⁰⁸ Cfr Corte di Giustizia, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelgesellschaft*

*valutare la legittimità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato. È tuttavia opportuno accertare se non sia stata violata alcuna garanzia analoga, inerente al diritto comunitario. La tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. **La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità**".*

Ad ulteriore dimostrazione che le *tradizioni costituzionali comuni* costituiscono solo una *fonte d'ispirazione* per la Corte di giustizia si può fare riferimento, altresì, alla sentenza *Nold* del 14 maggio 1974¹⁰⁹, nella parte in cui afferma espressamente che *"la Corte è tenuta **ad ispirarsi** alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"*. Infatti, come sostenuto da autorevole dottrina, con tale precisazione la Corte sembra quasi aver voluto dire che *"la garanzia dei diritti e dei*

¹⁰⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 14 maggio 1974, causa 4/73, *J.Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung*, cit.

principi fondamentali è imperativa. Ma non è imperativo che la Corte si conformi a quanto sancito nelle Costituzioni statali. Le Costituzioni degli Stati membri sono soltanto fonte di ispirazione per la Corte, la quale si prefigge il compito di rielaborare i principi reperiti negli ordinamenti statali alla luce della struttura e degli obiettivi della Comunità”¹¹⁰.

Il fatto che la Corte di giustizia consideri le *tradizioni costituzionali comuni* come semplice *fonte d’ispirazione* pone le basi per comprendere un’altro aspetto controverso del fenomeno di riconoscimento comunitario dei diritti fondamentali: l’ambiguità della Corte di giustizia nello stabilire le modalità di recepimento delle *tradizioni costituzionali comuni*. In altri termini, il giudice comunitario non ha mai chiarito con esattezza, nelle sue sentenze, quali siano i criteri per comprendere quando un diritto riconosciuto dagli ordinamenti costituzionali nazionali possa assurgere a diritto fondamentale comunitario.

Una prima pronuncia, in cui la Corte di giustizia affronta il problema dei criteri di recepimento delle *tradizioni costituzionali comuni*, è la sentenza *Hauer* del 13 dicembre 1979¹¹¹. In tale decisione, infatti, il giudice comunitario afferma che l’analisi di solamente tre esperienze costituzionali nazionali (si fa riferimento alla Costituzione, italiana, irlandese e tedesca) sia sufficiente per negare il carattere dell’ “assolutezza” al diritto di proprietà, ribadendo la possibilità che tale situazione soggettiva giuridica, sebbene fondamentale e riconosciuta

¹¹⁰ Cfr. M CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 35

¹¹¹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer*, cit.

dal diritto comunitario, possa subire compressioni determinate da ragioni d' *interesse pubblico e utilità sociale*.

Ed ancora, la Corte di giustizia, relativamente alla questione in esame, muta nuovamente orientamento nella sentenza *Hoechst* del 21 settembre 1989¹¹². In tale decisione la Corte è chiamata a pronunciarsi sul problema, in riferimento alla necessità di valutare la legittimità di alcune *ispezioni in locali commerciali* disposte dalla Commissione, di stabilire se il concetto di *locale commerciale* sia riconducibile al concetto di *domicilio* e, di conseguenza, sia *inviolabile*. Pertanto, la Corte procede ad un' analisi comparativa di alcuni ordinamenti costituzionali nazionali, al fine di verificare se il concetto di *locale commerciale* sia sottoposto alla stessa tutela costituzionale riconosciuta al *domicilio*. Ebbene, il giudice comunitario - dopo aver verificato che in sei ordinamenti costituzionali nazionali la tutela del domicilio è estesa anche ai locali commerciali, che in tre Costituzioni di altrettanti Stati membri non si fa alcun riferimento al concetto di *locale commerciale*, e che in altri tre ordinamenti nazionali non vi è chiarezza sul punto – giunge alla decisione, assolutamente imprevedibile ed in contrasto con una sentenza della Corte europea dei diritti¹¹³, di non ricomprendere i *locali commerciali* nella nozione di *domicilio*. È interessante notare come la Corte abbia motivato l'esclusione dei *locali commerciali* sostenendo che “ *i sistemi giuridici degli Stati presentano differenze non trascurabili quanto alla natura e alla misura della tutela dei locali commerciali nei confronti degli*

¹¹² Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 1989, cause riunite C 46/87 e C 227/88, *Hoechst*

¹¹³ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Chappell* del 30 marzo 1989

interventi delle pubbliche autorità” e ciò, quindi, non consente di poter considerare tale categoria d’immobili come domicilio.

Alla luce di quanto appena detto, sembrerebbe che la Corte di giustizia abbia assunto un criterio rigido di recepimento delle tradizioni costituzionali comuni; ed invece, il giudice comunitario compie una nuova “inversione di marcia” con la sentenza *Consiglio c. Hautala*¹¹⁴. In tale pronuncia, infatti, la Corte afferma il principio in base al quale un diritto fondamentale è considerabile degno di tutela comunitaria per il semplice fatto che “*gli Stati membri abbiano, nei confronti del diritto in questione, un approccio comune che testimoni lo stesso intento di garantire la sua tutela, quand’anche il grado di tale tutela e le sue modalità d’ esercizio siano diversamente concepiti a seconda degli Stati*”.

Da ultimo, va evidenziato come, da alcune recenti sentenze della Corte di giustizia, sembrerebbe potersi ricavare il principio per cui il riconoscimento di un diritto da parte di un solo Stato membro (o di una piccola parte di essi) non è sufficiente a rendere tale situazione soggettiva giuridica degna di tutela comunitaria. Caso emblematico di quanto appena detto è la sentenza *D.e Regno di Svezia c. Consiglio* del 31 maggio 2001¹¹⁵. In tale decisione la Corte è chiamata a pronunciarsi sull’interpretazione dello Statuto del personale delle Comunità europee in riferimento a quella disposizione che riconosce alle *unioni coniugali* la possibilità di ricevere un assegno familiare. Nello specifico, il dipendente D., di nazionalità svedese, - legato ad

¹¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sent *Consiglio c. Hautala*, causa 353/99

¹¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sent 31 maggio 2001, cause riunite C 122/99 e C 125/99, *D.e Regno di Svezia c. Consiglio*

un'altra persona da un' unione omosessuale che era stata riconosciuta dal proprio paese di origine (la Svezia), a tutti gli effetti, quale “*unione stabile registrata*”- innanzi al diniego del Consiglio a concedere l'assegno familiare propone ricorso al Tribunale di primo grado e poi alla Corte di giustizia. In particolare, il ricorrente lamentava un' ingiustificata differenziazione, da parte del Consiglio, tra il concetto di *matrimonio eterosessuale* e la sua *unione omosessuale* (riconosciuta, tra l'altro, come *unione stabile registrata*) e, conseguentemente, un' ingiustificato diniego dell'assegno di famiglia. Pertanto, la Corte di giustizia ha dovuto cercare d'individuare ermeneuticamente cosa si dovesse intendere, ai fini dell'ordinamento comunitario, per *unione coniugale*; in quanto, non vi è alcuna norma di diritto comunitario che individui specificatamente i caratteri del matrimonio (non rientrando tale materia nell' ambito delle competenze dell'Unione). Ciò che qui rileva è che la Corte ha dichiarato non equiparabile l'*unione omosessuale* all' *unione coniugale* in quanto tale tipo di unione, sebbene sia considerata da un singolo Stato membro (nel caso di specie la Svezia) come un' *unione stabile registrata*, nella maggioranza degli Stati membri non è considerata equivalente al matrimonio.

Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, si può osservare quanto segue.

Quest' ambiguità della Corte di giustizia nel rapportarsi alle tradizioni costituzionali nazionali dimostra che il giudice comunitario, attraverso il richiamo alle *tradizioni costituzionali comuni*, non ha voluto elaborare un vero e proprio catalogo “iure pretorio” di diritti

fondamentali comunitari (come, invece, si potrebbe pensare laddove si ritenesse, a nostro avviso non del tutto correttamente, che l'attività di riconoscimento dei diritti fondamentali da parte della Corte abbia costituito una sorta di *raccolta di diritti anticipatoria* della Carta di Nizza); semmai, la Corte ha utilizzato il riferimento alle esperienze costituzionali degli Stati membri al fine d'individuare (senza, vale la pena sottolinearlo, alcuna pretesa di catalogazione) , di volte in volta, singoli diritti fondamentali necessari alla risoluzione dello specifico caso concreto.

Un altro aspetto controverso del processo di affermazione comunitaria dei diritti fondamentali riguarda il problema di stabilire quali debbano essere gli *standard* di tutela comunitari. In altri termini, spesso, si è dibattuto non tanto sul problema di ottenere la tutela, da parte del giudice comunitario, di un dato diritto fondamentale, quanto, piuttosto, di stabilire con esattezza quali siano le *modalità* di protezione che la Corte di giustizia deve disporre in materia.

Al riguardo, la dottrina non è concorde. Infatti, secondo un orientamento dottrinale¹¹⁶, la Corte di giustizia dovrebbe utilizzare il c.d. criterio del *minimo comune denominatore*; in sintesi, il giudice comunitario dovrebbe garantire, al diritto fondamentale da tutelare, quel minimo livello di tutela riscontrabile nella maggior parte degli Stati membri. Altra dottrina¹¹⁷, invece, abbraccia la tesi del c.d. *standard massimo di tutela*; in altre parole, secondo tale orientamento, la Corte di giustizia dovrebbe garantire il livello di tutela più alto tra

¹¹⁶ Cfr. M CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 30 ss.

¹¹⁷ Cfr. L F M BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard : On Fundamental Rights, Pluralism, and Subsidiarity in the European Union* , in *Common Market Law Review*, 1998, 672

quelli previsti dai vari Stati membri in relazione al diritto da proteggere. Dal canto suo, la Corte di giustizia sembra, tuttavia, rifiutare entrambi i criteri prospettati dalla dottrina; non a caso, infatti, nella sentenza *Hauer* il giudice comunitario ha dichiarato che “*il richiamo ai criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l’unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l’unità e l’efficacia del diritto comunitario*”¹¹⁸.

A dimostrazione della volontà della Corte di giustizia di rimanere slegata da *standard rigidi* di tutela mutuati dagli ordinamenti nazionali, si faccia riferimento ad una serie di sentenze in cui la Corte ha rigettato il ricorso nonostante lo Stato ricorrente prevedesse un livello di tutela, del diritto dedotto in giudizio, superiore a quello disposto dalla sentenza del giudice comunitario. Caso emblematico di quanto appena detto è la già citata sentenza *Hoechst*¹¹⁹; in tale decisione, infatti, la Corte ha escluso che i *locali commerciali* potessero essere considerati *domicilio* nonostante la Germania (Stato

¹¹⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer*, cit.

¹¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 1989, cause riunite C 46/87 e C 227/88, *Hoechst*, cit.; Conforme cfr. Corte di Giustizia, sent. 5 ottobre 1994, causa 280/93, *Germania c. Consiglio*. In tale sentenza la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su di un ricorso tedesco contro un regolamento (reg. del Consiglio 404/93 del 13 febbraio 1993) che mirava a disciplinare il mercato delle banane in senso favorevole agli Stati tradizionalmente importatori dai Paesi ACP (Francia ,Spagna, Portogallo), ma sfavorevole alla Germania (i cui rapporti privilegiati erano, viceversa, con gli Stati dell’ America centrale). La Corte ha confermato la validità del regolamento, escludendo tutte le censure sollevate dal governo tedesco. In particolare essa ha ritenuto che tale regolamento non possa considerarsi lesivo né del diritto di proprietà (poiché nessun operatore economico può pretendere un diritto di proprietà su una quota di mercato) né della libertà d’iniziativa economica (dato che nessun operatore può confidare nella perenne permanenza in essere di quelle stesse regole che sono in vigore al momento in cui si fa ingresso nel mercato).

ricorrente) fosse uno dei sei ordinamenti che riconoscevano espressamente *ai locali commerciali* lo stesso *status* e, conseguentemente, la stessa *inviolabilità* del *domicilio*. Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, pertanto, parte della dottrina¹²⁰ ha cominciato a parlare di un c.d. *standard comunitario* di tutela; secondo tale orientamento, infatti, la Corte applicherebbe uno *standard* di tutela non determinabile *a priori* ma individuato, di volta in volta, in modo funzionale alla risoluzione del singolo caso di specie.

Un ultimo profilo da prendere in considerazione, in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, è l'ambiguità con cui la giurisprudenza della Corte di giustizia si è rapportata, sebbene vi abbia fatto espresso riferimento quale fonte d'ispirazione, al contenuto della Cedu.

In alcuni casi, infatti, il giudice comunitario ha chiaramente manifestato la volontà di non coinvolgere, nella sua azione di tutela, la dimensione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo. A dimostrazione di quanto appena detto, si pensi alla sentenza *National Panasonic* del 1980¹²¹. In questa decisione, la Corte è chiamata a giudicare la legittimità di un regolamento comunitario che attribuiva alla Commissione poteri ispettivi per garantire la tutela *anti-trust*. Nello specifico, il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art.8 Cedu

¹²⁰ J H H WEILER, *Excursus 3.I diritti umani nello spazio giuridico europeo*, in B BEUTLER, J PIPKORN, J STREIL, J H H WEILER (a cura di), *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, il Mulino, 2001, 313 ss.

¹²¹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. *National Panasonic* del 1980, causa 136/79. Conforme cfr. Corte di Giustizia, sent. *Grogan* del 4 ottobre 1991, causa 59/90. Nello specifico, in tale sentenza la Corte ha evitato di pronunciarsi sulla presunta lesione dell' art.10 Cedu ad opera della proibizione irlandese di diffondere informazioni circa la possibilità di ottenere pratiche abortive in Gran Bretagna.

(che sancisce il diritto *al rispetto della vita privata e familiare*) determinata dal fatto che l'ispezione era stata eseguita senza dare preventiva comunicazione alla compagnia e senza avvertire i rispettivi avvocati. La Corte rigetta il ricorso, sostenendo che il regolamento in esame, sebbene consentisse di procedere ad ispezioni senza previa notifica, era legittimo in quanto diretta manifestazione di quei poteri della Commissione, riconosciuti dal Trattato, finalizzati a garantire un regime di libera concorrenza indispensabile per la realizzazione del mercato comune. Ma al di là della specifica decisione cui la Corte è giunta nel caso in questione, ciò che qui rileva è che il giudice comunitario, nonostante avesse la chiara possibilità di farlo, non si è assolutamente pronunciato su un punto particolarmente delicato: e cioè, se il diritto alla *privacy ex art.8 Cedu* fosse invocabile anche da parte delle persone giuridiche.

Altre volte, invece, la Corte di giustizia ha assunto un vero e proprio atteggiamento di contrasto rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Emblematica è la sentenza *Walt Wilhelm* del 1969¹²². Con tale decisione, infatti, il giudice comunitario ha affermato il principio per cui è possibile un *cumulo di sanzioni penali* qualora si verifichi una violazione della disciplina comunitaria *anti-trust*. Ebbene, tale orientamento comunitario è stato, successivamente, smentito da un orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo¹²³ che, accogliendo il principio del *ne bis in idem* in una accezione particolarmente estesa, ha negato la possibilità di cumulare le sanzioni penali nel caso di violazione delle regole sulla concorrenza.

¹²² Cfr. Corte di Giustizia, sent. *Walt Wilhelm* del 1969, causa 14/68

¹²³ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Grandiger* del 1995

In altri casi, invece, la Corte di giustizia, in perfetta sinergia con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha fatto ricorso, in sede di tutela comunitaria dei diritti della persona, a precedenti giuridici della Corte europea dei diritti aventi ad oggetto una particolare interpretazione della Cedu. Si faccia, ad esempio, riferimento alla sentenza *P c.S and Cornwall County Council* del 1996¹²⁴. In questa decisione, la Corte di giustizia ha dichiarato illegittimo un licenziamento, conseguente al cambiamento di sesso di un dipendente, in forza del divieto di discriminazione per sesso sancito dalla direttiva 76/207 CEE. Ma ciò che preme sottolineare è che il giudice comunitario, per poter estendere il succitato divieto di discriminazione anche ai transessuali, ha interpretato la direttiva comunitaria alla luce di un precedente giuridico della Corte di Strasburgo¹²⁵.

Altro caso emblematico è rappresentato dalla sentenza *Familiapress* del 1997¹²⁶. Oggetto di tale decisione è il divieto, disposto dalle autorità austriache al fine di tutelare il *pluralismo nel mercato* della stampa periodica, di commercializzare pubblicazioni che, allo scopo di ottenere un aumento delle vendite, offrivano al lettore la possibilità di partecipare a giochi a premio e lotterie. Il ricorrente- l'editore tedesco *Heinrich Bauer Verlag* - innanzi ad un'ingiunzione, disposta in forza del divieto in esame, di cessare immediatamente la vendita nel territorio austriaco, in quanto lesiva delle leggi del posto, fa ricorso alla Corte di giustizia lamentando una violazione della libertà di circolazione delle merci e della libertà d'espressione. Ciò che qui

¹²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sent *P c.S and Cornwall County Council* del 1996, causa 13/94

¹²⁵ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Rees* del 1986

¹²⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sent 26 giugno 1997, causa 368/95, *Familiapress*

rileva è che la Corte pone a fondamento della decisione un'interpretazione della Cedu, così come fornita dalla Corte di Strasburgo¹²⁷ (facendo, tra l'altro, espresso riferimento alla sentenza del giudice europeo), secondo cui il *pluralismo della stampa* consentirebbe l'introduzione di deroghe alla *libertà d'espressione*, purché previste dalla legge e necessarie in una società democratica.

In tale ottica va considerata, altresì, la sentenza *Connolly c. Commissione* del 6 marzo 2001¹²⁸. Il caso oggetto della succitata decisione è il seguente. Un funzionario della Commissione (settore politiche monetarie), di nome *Connolly*, aveva utilizzato un periodo di aspettativa, richiesto per motivi personali, per pubblicare un libro¹²⁹ contenente critiche aspre nei confronti dell'operato delle istituzioni comunitarie. In seguito a tale pubblicazione, il dipendente era stato, dopo aver subito un procedimento disciplinare, destituito dal proprio incarico. Pertanto, *Connolly* propone alla Corte di giustizia ricorso di annullamento avverso il provvedimento di destituzione, lamentando una violazione della propria *libertà d'espressione*. Conseguentemente, la Corte, al fine di giungere ad una decisione, si è trovata nella situazione di dover stabilire se il principio di *lealtà verso l'istituzione*¹³⁰ da parte di un funzionario possa, in determinati casi,

¹²⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent del 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia e a.v. Austria*

¹²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sent del 6 marzo 2001, causa 368/95, *Connolly c. Commissione*

¹²⁹ Si fa riferimento al libro intitolato *The rotten heart of Europe. The dirty way for Europe 's money*.

¹³⁰ Al riguardo si pensi, ad esempio, allo Statuto della Commissione europea ex art. 12 (secondo cui “il funzionario deve astenersi dal compiere qualsiasi atto e, in particolare, dall'esprimere pubblicamente opinioni che possano menomare la dignità della sua funzione”) ed ex art.17 (che prevede che qualunque pubblicazione dei funzionari che abbia ad oggetto l'attività della Comunità debba essere preventivamente autorizzata)

comprimere la *libertà d'espressione*. Ebbene, il giudice comunitario, nel riconoscere la *libertà d'espressione* quale diritto inviolabile anche per i funzionari di un'istituzione, si è rifatto, espressamente, all'art.10 della Cedu così come interpretato dalla Corte di Strasburgo¹³¹. A conferma di quanto suddetto, si faccia riferimento a quella parte della pronuncia in esame secondo cui “(...)la *libertà d'espressione* costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni basilari per il progresso di tale società e per il pieno sviluppo di ogni singola persona.(Conseguentemente), salvo quanto previsto dall' art.10,c.2 Cedu, la *libertà d'espressione* vale non soltanto in relazione alle informazioni e alle idee accolte con favore o considerate inoffensive od indifferenti, ma anche a quelle informazioni o idee tali che disturbino,sconvolgano od inquietino:tale conclusione è imposta dal pluralismo, dalla tolleranza e dallo spirito di apertura, senza i quali non esiste società democratica (...)”

Da ultimo, va evidenziato come, in alcune circostanze, la giurisprudenza comunitaria abbia, addirittura, esteso il contenuto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, riempiendola di nuovi ed ulteriori significati.

A tal proposito, si pensi, ad esempio, alla sentenza *X v. Commissione* del 5 ottobre 1994¹³². La questione in esame è sorta da un rifiuto di un individuo di sottoporsi, al fine di poter essere assunto fra il personale della Commissione, al test per l'AIDS. In altri termini, la Corte di giustizia ha dovuto stabilire se l'interesse delle istituzioni comunitarie

¹³¹ Cfr Corte europea dei diritti, sentt. 7 dicembre 1976, *Handyside*; 24 maggio 1988, *Müller*; 26 settembre 1995, *Vogt v. Germania*

¹³² Cfr. Corte di Giustizia, sent 5 ottobre 1994, causa 404/92, *X v. Commissione*

ad avere dei dipendenti fisicamente sani possa consentire l'imposizione di un test clinico contro la volontà del soggetto interessato. Il giudice comunitario, sebbene ribadisca che le istituzioni comunitarie - innanzi al rifiuto di sottoporsi al test- possono legittimamente rifiutarsi di assumere, sancisce il principio per cui l'interesse delle istituzioni ad avere dei dipendenti fisicamente in grado di assolvere i propri compiti non può mai giustificare l'imposizione coattiva di una qualunque analisi o trattamento medico. Ciò che, ai fini della nostra analisi, preme sottolineare è che la Corte, nella decisione in esame, al fine di affermare il diritto di *mantenere segreto il proprio stato di salute*, ricorre ad una interpretazione estensiva dell'art.8 Cedu (che sancisce il diritto *al rispetto della vita privata e familiare*).

3. IL RICONOSCIMENTO COMUNITARIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI ASSOLUTI

Fino al 2003 la Corte di giustizia è stata coerente nel ribadire che, sebbene il diritto comunitario riconosca e tuteli i diritti fondamentali della persona, tali situazioni soggettive giuridiche non possono considerarsi “assolute” e, pertanto, non sono neanche inderogabili.

Tale orientamento è stato ampiamente confermato, ad esempio, nelle sentenze *Schröder* e *Wachauf* del 1989¹³³ in cui il giudice comunitario definisce, espressamente, i diritti fondamentali come situazioni giuridiche che non costituiscono “*prerogative assolute*” e, conseguentemente, ammette una loro possibile compressione per esigenze relative all’ “*organizzazione del mercato comune*”¹³⁴.

La dottrina, innanzi alla volontà della Corte di giustizia di accettare limitazioni dei diritti fondamentali per soddisfare esigenze economiche (frutto di un’ impostazione mercantilistica tipica della giurisprudenza comunitaria, soprattutto dei primi tempi), ha espresso numerose critiche sull’operato del giudice comunitario.

In primo luogo, parte della dottrina¹³⁵ ha accusato la Corte di non aver riconosciuto un adeguato valore ai diritti della persona in quanto, secondo tale orientamento, li avrebbe posti in una posizione

¹³³ ¹³³ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 11 luglio 1989, causa 265/87, *Herman Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, in *Raccolta*, 1989, 2237, par.15; sent. 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1989, 2609, par.18

¹³⁴ Conformi in tal senso cfr. Corte di Giustizia, sent. 15 aprile 1997, causa 22/94, *The Irish Farmers Associations e altri c. Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland e Attorney General*, in *Raccolta*, 1997, 1809, par.27; sent. 5 ottobre 1994, causa 280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, 4973, par.78

¹³⁵ Cfr. COPPEL, O’NEILL, *The European Court of justice :Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, 669 ss

subordinata rispetto ad altre esigenze considerate prioritarie (quali, ad esempio, l'integrazione economica e la realizzazione delle politiche economiche delle Comunità).

Altra dottrina¹³⁶, invece, ha sostenuto che il suesposto orientamento della Corte, in materia di diritti fondamentali, costituisce causa d'incertezza del diritto; in altre parole, secondo tale orientamento dottrinale, l'individuo, consapevole che il suo diritto può essere compresso da un momento all'altro in nome di interessi generali dell'ordinamento comunitario, si trova in una condizione d'insicurezza e non può prevedere se potrà ottenere garanzia delle situazioni giuridiche di cui è titolare.

Un'ulteriore critica che è stata mossa alla Corte di giustizia ha sostenuto che, accettando che i diritti della persona possano essere compressi per esigenze della Comunità di natura economica, si determinerebbe un "affievolimento" della tutela comunitaria dei diritti fondamentali; e ciò perché i valori sottesi ai diritti della persona, al fine di giustificare la loro limitazione, verrebbero, inevitabilmente, considerati come *estranei* rispetto alle finalità dell'Unione¹³⁷.

Il mancato riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, del carattere dell' "assolutezza" dei diritti fondamentali continua ad essere ribadito dal giudice comunitario anche dopo il recepimento dei principi in materia da parte del Trattato dell'Unione europea¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2001, 232-233

¹³⁷ Cfr. ROSSI, "Costituzionalizzazione dell'UE e dei diritti fondamentali", in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea* (a cura di Rossi), Milano, 2002, 249ss

¹³⁸ Sul recepimento da parte del TUE dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali v. *supra*: CAPII, par. II, I *ad finem*

A conferma di quanto appena detto, si noti come la Corte di giustizia, in una serie di pronunce¹³⁹ successive al riconoscimento da parte di norme comunitarie di rango primario della tutela dei diritti fondamentali, riafferma che i diritti della persona, nonostante siano divenuti oggetto dei Trattati istitutivi, continuano ad essere subordinati agli interessi economici della Comunità. Ed è interessante vedere come la Corte, per giustificare la prevalenza delle esigenze di natura economica dell'Unione, basi le sue motivazioni sulla considerazione che gli interessi economici della Comunità non sono soltanto *fondamentali* ma anche *general*i (perché riguardano l'intera comunità) e, pertanto, prioritari rispetto ai diritti della persona che, invece, tutelano interessi *individuali*.

Tuttavia, come già sostenuto da parte della dottrina¹⁴⁰, il fatto che i Trattati istitutivi cominciassero ad occuparsi dei diritti fondamentali ha, comunque, avuto una sua incidenza sul tema in esame, rendendo, principalmente per tre ragioni, sempre più arduo per la Corte di giustizia il compito di negare l'“assolutezza” dei diritti fondamentali. In primo luogo, il giudice comunitario non poteva non tenere conto del riferimento espresso, da parte dell'art.6 del TUE, alle *tradizioni costituzionali comuni* ed alla Cedu e, pertanto, non poteva ignorare che tali fonti riconoscono espressamente l'esistenza di situazioni soggettive giuridiche *assolute*.

¹³⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 30 luglio 1996, causa 84/95 *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret As c. Minister for Transport, Energy and Communications e altri*, in *Raccolta*, 1996, 3953, par. 26 ; sent. 27 febbraio 1997 , 177/95, *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd c. Prefetto di Brindisi e altri*, in *Raccolta*, 1997, p. I, 1111, par. 38

¹⁴⁰ Cfr. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. Dir. Internazionale*, vol. III, 2006, 644-692

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha riconosciuto una serie di diritti fondamentali come norme di *jus cogens* (si fa riferimento, ad esempio, ai divieti di: genocidio, schiavitù, di tortura); quanto detto, inoltre, risulta ancor più rilevante se si pensa che la giurisprudenza comunitaria¹⁴¹ ha ammesso il diritto internazionale generale (e, quindi, anche le norme di *jus cogens*) come fonte di norme vincolanti per gli organi della comunità e come parametro per valutare la validità dei regolamenti e delle direttive.

In terzo luogo, continuando a non riconoscere i diritti fondamentali assoluti, la Corte di giustizia rischiava di incrinare quel rapporto, per così dire “politico”, che esiste tra essa e la Corte europea dei diritti ed i Tribunali costituzionali nazionali. A dimostrazione di quanto appena detto, si faccia riferimento ad alcune pronunce, della giurisprudenza costituzionale tedesca¹⁴² e della Corte di Strasburgo¹⁴³, in cui viene ribadito il principio in base al quale si accetta che la Corte di giustizia abbia competenza esclusiva sul controllo di legittimità degli atti comunitari a condizione, però, che il giudice comunitario fornisca una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella garantita dalla Costituzione tedesca e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali.

IL consolidato orientamento della Corte di giustizia di negare il carattere dell’ “assolutezza” ai diritti fondamentali subisce un

¹⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia, sent.24 novembre 1992,causa 286/90,*Anklagemyndgheden c.Peter Micheal Poulsen e Diva Navigation Corp.* in *Raccolta*,1992,p.I,6019 par.9; sent. 27settembre 1988, cause riunite 89,104,114,116,117e125-129/85, *Ahlström*, in *Raccolta*,1988,p .5193 par 18 e 23

¹⁴² Si fa riferimento alla sentenza *Solange II* del Tribunale costituzionale tedesco,in *Entscheing des Bundesverfassungsgerichts*, vol.73, 378ss

¹⁴³Cfr Corte europea dei diritti, sent.30giugno 2005 *Bosphorus Hava Jollari Turzim c. Irlanda*

improvviso “cambiamento di marcia” a partire dal 2003. Infatti, da quel momento, il giudice comunitario ha pronunciato alcune decisioni che hanno segnato tre tappe fondamentali del processo giurisprudenziale di riconoscimento comunitario dei diritti della persona, e cioè : le sentenze *Schmidberger* del 2003¹⁴⁴, *Omega* del 2004¹⁴⁵ e *Yusuf*¹⁴⁶ e *Kadi*¹⁴⁷ del 2005. Ma andiamo con ordine.

Con la sentenza *Schmidberger*, la Corte di giustizia è stata chiamata a decidere se fosse consentito agli Stati membri la possibilità di disporre delle misure limitative delle quattro libertà fondamentali sancite dal Tratto comunitario al fine di tutelare alcuni diritti fondamentali (nel caso di specie: la libertà di espressione e la libertà di riunione pacifica). Nello specifico, il fatto in esame ha avuto origine dal ricorso presentato da un’impresa tedesca di trasporti internazionali in cui si chiedeva, a carico delle autorità austriache, un risarcimento per i danni subiti a causa di un blocco stradale, nell’autostrada del Brennero, determinato da una manifestazione di ambientalisti autorizzata (l’autorizzazione era stata concessa dalla autorità amministrativa di prima istanza di Innsbruck). In particolare, il ricorrente, a sostegno della propria richiesta risarcitoria, lamentava una violazione, determinata dal blocco stradale, della libertà di circolazione delle merci; viceversa, il governo austriaco sosteneva che

¹⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sent 12 giugno 2003, causa 112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria*, in *Raccolta*, 2003, I-5659

¹⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sent 14 ottobre 2004, causa 36/02 *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Raccolta*, 2004, I, 9609

¹⁴⁶ Cfr. Tribunale di primo grado, sent 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, in www.curia.eu.int.

¹⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio e Commissione*, in www.curia.eu.int.

l'autorizzazione alla manifestazione, in quanto funzionale all'esercizio di alcuni diritti fondamentali (la libertà di espressione e la libertà di riunione pacifica) garantiti dall'ordinamento austriaco e dalla Cedu, doveva essere considerata una deroga legittima delle quattro libertà fondamentali. Ebbene, la Corte di giustizia ha ritenuto che la deroga alla libertà di circolazione delle merci, disposta dal governo austriaco, fosse compatibile con il Trattato, facendo, pertanto, prevalere i diritti fondamentali sulle quattro libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Prima di analizzare nello specifico la motivazione della sentenza in esame, sembra opportuno, alla luce di quanto suesposto, fare due considerazioni preliminari che consentano di comprendere quale siano le vere novità della sentenza *Schmidberger*.

In primo luogo, bisogna sottolineare come la decisione in commento rappresenti la prima pronuncia della Corte in cui si riconosce la possibilità che i diritti fondamentali prevalgano sulle quattro libertà fondamentali¹⁴⁸

In secondo luogo, è proprio con la sentenza *Schmidberger* che il giudice comunitario procede ad una distinzione dei diritti fondamentali in derogabili ed inderogabili, riconoscendo, per la prima volta, l'esistenza di alcuni diritti fondamentali *assoluti*.

Per comprendere l'iter logico-giuridico che ha condotto la Corte di giustizia a riconoscere l'esistenza di diritti fondamentali *assoluti*, risulta necessario procedere ad un'analisi della motivazione della sentenza in esame. Dalla motivazione, infatti, è possibile notare come

¹⁴⁸ In realtà, tale orientamento si era consolidato già da tempo in dottrina cfr .GAJA,*Introduzione al diritto comunitario*,Bari,2005,106

il giudice comunitario abbia strutturato il proprio ragionamento su tre passaggi logici fondamentali.

In primo luogo, l'interesse iniziale della Corte è stato quello di affermare il principio generale secondo cui i diritti fondamentali possono costituire un limite anche per le quattro libertà fondamentali dell'Unione; quanto detto, come ribadito dalla stessa Corte, trova una ulteriore giustificazione nel fatto che anche i diritti della persona sono stati riconosciuti, a tutti gli effetti, da norme comunitarie di rango primario. È, infatti, in tal senso che il giudice comunitario afferma che *“la tutela dei diritti(fondamentali) rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci”*.¹⁴⁹

Una volta affermato che -in linea di principio- anche le quattro libertà fondamentali possono essere subordinate ai diritti della persona, la Corte comincia ad interrogarsi al fine di stabilire se tra gli interessi in gioco nel caso di specie (cioè da un lato, la libertà di circolazione delle merci e dall'altro, la libertà di espressione e la libertà di riunione pacifica) sia possibile individuare una situazione soggettiva giuridica assoluta. Pertanto, la Corte nega, in primo luogo, che la libertà di circolazione delle merci possa essere considerata un' interesse assoluto, posto che è lo stesso Trattato (art. 30) che prevede, espressamente, che tale libertà possa essere compressa ogniquale volta sia necessario perseguire finalità d'interesse generale per la Comunità.

¹⁴⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent 12 giugno 2003, causa 112/00, *Eugen Schmidberger*, cit., par.74

In secondo luogo, il giudice comunitario nega il carattere dell' "assolutezza" anche ai due diritti fondamentali dedotti in giudizio: e cioè, la libertà di espressione e la libertà di riunione pacifica; tuttavia, ritiene comunque legittima l'autorizzazione dell'autorità austriaca perché frutto, secondo la Corte, di un bilanciamento proporzionato. È interessante notare come la Corte di giustizia, al fine di sostenere che i diritti fondamentali in commento non costituiscono situazioni giuridiche *assolute*, faccia espresso riferimento alla Cedu (e nello specifico, agli artt.10, par.2 e 11, par.2) laddove consente che le libertà in esame possano essere sottoposte a limitazioni che trovino giustificazione nel perseguimento di obiettivi d'interesse generale.

Nel terzo passaggio logico-giuridico (che, ai nostri fini, è il più importante) la Corte di giustizia non si limita a prendere atto della non "assolutezza" dei due diritti fondamentali dedotti in giudizio, ma, altresì, evidenzia come la Cedu preveda, anche, una serie di altri diritti espressamente considerati *assoluti*: e cioè, ad esempio, il divieto di tortura, il diritto alla vita. Pertanto, alla luce di quanto detto, posto che questi diritti assoluti sono sanciti dalla Cedu, e posto che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce (soprattutto, alla luce dell'art.6 TUE) un parametro per l'attività giurisprudenziale della Corte in materia, la Corte di giustizia riconosce, per la prima volta, che l' *assolutezza* di tali situazioni soggettive giuridiche deve essere riconosciuta anche a livello comunitario¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent 12 giugno 2003, causa 112/00, *Eugen Schmidberger*, cit. *obiter dictum*, par.80

Un' altra importante tappa recente del processo giurisprudenziale di affermazione comunitaria dei diritti fondamentali è stata scandita dalla sentenza *Omega* del 2004¹⁵¹. Questa sentenza rileva sotto due profili.

In primo luogo, così come la sentenza *Schmidberger*, essa costituisce un altro esempio di decisione in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a stabilire se gli Stati membri possano disporre delle misure limitative delle quattro libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario in nome della tutela di diritti fondamentali (nel caso di specie il principio di *dignità*).

Il secondo profilo da evidenziare, ancor più rilevante del primo, è che, come sottolineato da parte della dottrina¹⁵², la sentenza in commento segna la definitiva *comunitarizzazione* del principio di *dignità personale*.¹⁵³

Il fatto su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi nella sentenza in questione è stato originato da un provvedimento del sindaco di Bonn che ha vietato lo svolgimento di un gioco, gestito dalla società *Omega* (il ricorrente), che prevedeva dei conflitti a fuoco simulati e in cui i partecipanti, per ottenere la vittoria, avrebbero dovuto determinare l'uccisione simulata dei concorrenti. Nello specifico, tale provvedimento di divieto è stato emanato al fine di evitare un pericolo per l'ordine pubblico che, secondo il sindaco di Bonn, sarebbe derivato dalla *violazione della dignità personale* determinata dalla

¹⁵¹ Corte di Giustizia, sent 14 ottobre 2004, causa 36/02 *Omega*, cit.

¹⁵² Cfr .A TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, cit. 661ss

¹⁵³ Per un' attenta analisi delle problematiche inerenti al concetto di *dignità della persona umana*. cfr.F VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, 208ss
Per una ricostruzione della concezione kantiana di *dignità* cfr A CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, 2005 .

banalizzazione degli atti di omicidio che il gioco in esame comportava. Dal canto suo, viceversa, la società *Omega* sosteneva l'illegittimità del provvedimento amministrativo in quanto, determinando una lesione della libera circolazione dei servizi e delle merci, sarebbe stato assunto in violazione del Trattato comunitario.

Anche in questa sentenza il giudice comunitario ha ritenuto che le misure nazionali di deroga poste a tutela dei diritti fondamentali(nel caso di specie, il provvedimento amministrativo emanato a tutela della dignità personale) possono determinare una limitazione delle quattro libertà fondamentali.

Ma ciò che qui rileva maggiormente è analizzare in che modo, nella sentenza in esame, la Corte si sia rapportata al principio della dignità personale; infatti, il giudice comunitario, per poter giustificare una compressione della libertà di circolazione delle merci e dei servizi, ha dovuto, in via preliminare, verificare se la tutela della dignità costituisse un interesse riconosciuto anche dall' ordinamento comunitario. Ebbene, la Corte di giustizia è arrivata alle seguenti conclusioni.

In primo luogo, la Corte ha riconosciuto, “definitivamente”¹⁵⁴, che la dignità personale costituisce un principio che trova pieno riconoscimento e piena tutela nell'ordinamento comunitario. In tal senso, si faccia riferimento a quella parte della motivazione in cui si afferma che l'ordinamento comunitario è “*diretto innegabilmente ad*

¹⁵⁴ Il termine “definitivamente” mira ad evidenziare come, in realtà, la Corte di giustizia avesse già riconosciuto, in sentenze precedenti, che la dignità personale dovesse godere di tutela comunitaria cfr. Corte di Giustizia, sent 30 aprile 1996, causa 13/94, *P v. S. and Cornwell County Council*, in *Raccolta*, 1996, I, 2143, par.22; sent. 9 ottobre 2001, causa 377/98 *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell' Unione europea*, in *Raccolta*, 2001,I, 7079

assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale di diritto”.

In secondo luogo, la Corte di giustizia precisa come il principio di dignità della persona umana rappresenti non soltanto un diritto che trova riconoscimento comunitario ma, un vero e proprio *diritto autonomo* dell’ordinamento comunitario e, pertanto, autonomamente tutelabile senza bisogno di far riferimento a parametri esterni al diritto dell’Unione. A dimostrazione di quanto appena detto, si noti come la Corte nella decisione in esame, al fine di garantire tutela comunitaria alla dignità personale, abbia sancito la rilevanza della dignità umana non facendo riferimento alla Costituzione tedesca (che la riconosce, secondo l’interpretazione del Tribunale costituzionale, come principio fondante dell’ordinamento giuridico¹⁵⁵) ma, riconoscendola espressamente come *principio proprio dell’ordinamento comunitario*.

Il fatto che la Corte di giustizia abbia riconosciuto la dignità personale quale *diritto autonomo* dell’ordinamento comunitario, sebbene rappresenti una sorta di adesione della giurisprudenza comunitaria ad un orientamento già affermato dalle Corti Costituzionali nazionali¹⁵⁶, costituisce un’ elemento di grande novità in materia di tutela multilivello dei diritti fondamentali; è ciò si nota, maggiormente, se si rapporta il succitato orientamento del giudice comunitario alla tutela che la Cedu prevede in materia di dignità personale. Al riguardo, infatti, va ricordato come la Convenzione europea per la salvaguardia

¹⁵⁵ Sul principio della dignità personale inteso come principio fondante dell’ordinamento costituzionale tedesco cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol.87,209ss.

¹⁵⁶ Tra le sentenze della Corte costituzionale in materia di dignità personale ,cfr.Cort. Cost, sent.561/1987(in cui la dignità viene riconosciuta come *valore dotato di autonomo rilievo costituzionale* e degno di una *diretta protezione costituzionale*); sent. 334/1996; sent. 293/2000.

dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali non preveda alcuna disposizione espressa che miri a fornire tutela alla dignità umana.

In realtà, però, va anche ribadito che a questo *deficit* normativo di tutela ha ampiamente supplito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo; nello specifico, la Corte europea dei diritti ha, attraverso le proprie pronunce, riconosciuto alla dignità personale il valore di “vera essenza”¹⁵⁷ delle finalità perseguite dalla Cedu ed, inoltre, l’ha utilizzata come parametro per individuare il contenuto essenziale ed i limiti di alcuni diritti riconosciuti dalla Convenzione (come, ad esempio, il diritto ad un processo equo, il diritto al rispetto della vita privata, il divieto di tortura)¹⁵⁸.

In realtà, bisogna precisare che la sentenza *Omega* pone solo parzialmente un punto fermo sul dibattito dottrinale (sorto in seguito all’accoglimento del principio in esame da parte dell’art.1 della Carta di Nizza) volto a stabilire se il diritto alla dignità personale sia, a livello comunitario, un diritto fondamentale *autonomo* ed *assoluto*.

Infatti, è vero che la dottrina maggioritaria¹⁵⁹ sostiene che la dignità personale non sia soltanto un diritto dotato di autonomo rilievo giuridico in seno all’ordinamento comunitario ma, altresì, una situazione soggettiva giuridica che presenta tutti i caratteri necessari

¹⁵⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent 22novembre1995, *S W v. The United Kingdom*, in *Publications*, Series A vol. 335 B ,45,par44

¹⁵⁸ Cfr Corte europea dei diritti, sent 9 giugno 1998, *Tekàn v. Turkey*, in *Reports*, 1998, IV, 1518,par.53; sent.11luglio2002, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, in *Reports*, 2002, VI, 31 par.90; sent 29 marzo 1998, *Bock v. Germany*, in *Publications*, Series A ,vol.150,23,par.48

¹⁵⁹ Cfr VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2001, 27ss; BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, vol.1, 217ss.; BENOIT-ROHMER, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, in *Le Dalloz*, 2001, 1483ss ’

per poter essere considerata *assoluta*. Ma è, altresì, vero che, come sostenuto da altra dottrina¹⁶⁰, la Corte di giustizia non ha spinto il processo “*di comunitarizzazione della dignità sino alle sue estreme conseguenze*”; in altri termini, tale orientamento sottolinea come la Corte, nella sentenza *Omega*, abbia sancito *l'autonomia* del diritto in esame, ma non abbia neanche preso in considerazione il problema di stabilire se la dignità umana, a livello comunitario, possa essere considerata un diritto fondamentale *assoluto*.

Parte della dottrina¹⁶¹, in riferimento alla decisione in commento, ha paventato il rischio che il principio sancito nella sentenza *Omega* possa consentire agli Stati membri di sottrarsi facilmente al rispetto del Trattato comunitario. Nello specifico, secondo tale orientamento, la Corte di giustizia, ammettendo la possibilità che vengano disposte delle misure nazionali limitative delle quattro libertà fondamentali al fine di tutelare la dignità umana, consentirebbe allo Stato membro di porre a giustificazione di una propria deroga alle disposizioni del Trattato un diritto, come è appunto quello della dignità umana, *assolutamente vago*¹⁶² nel suo contenuto essenziale; come è noto, infatti, la dottrina non è stata capace di cristallizzare il diritto in esame in definizioni fisse, limitandosi a sostenere che per dignità umana va inteso un generico divieto di strumentalizzazione della persona

¹⁶⁰ Cfr. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali*, cit., 667

¹⁶¹ Commento alla sentenza *Omega*, cfr. ACKERMANN, in *Common Market Law Review*, 2005, 1107ss

¹⁶² Sulla difficoltà da parte della dottrina nello stabilire con esattezza il contenuto della dignità personale cfr. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value, Part I*, in *Public Law*, 1999, 682ss; PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgerichts, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2002, 151 ss

sintetizzabile nella formula secondo cui “*l’uomo deve essere sempre fine e mai mezzo delle azioni statali*”¹⁶³.

Tuttavia, secondo altro orientamento dottrinale¹⁶⁴, il timore per le conseguenze che potrebbero derivare dalla “vaghezza” della dignità personale (e di altri diritti fondamentali) può essere esorcizzato se si riconosce al giudice comunitario la possibilità, anche qualora si trovi innanzi a diritti fondamentali *assoluti*, di svolgere un ruolo attivo di *bilanciamento* e di *garanzia* dei medesimi. In altre parole, secondo tale orientamento, la Corte di giustizia, anche qualora debba garantire l’applicazione di diritti fondamentali *assoluti*, mantiene sempre la facoltà di “*precisare caso per caso la portata degli stessi, (...) attraverso operazioni interpretativo/applicative che si rilevano, spesso, nient’affatto scevre da elementi di ponderazione con interessi concorrenti. Proprio in questo intervento dell’interprete risiede la maggiore garanzia contro i pericoli, avvertiti in dottrina, di << tirannia dei valori >>*”¹⁶⁵.

Un’ ulteriore passo in avanti della giurisprudenza comunitaria, nel processo di riconoscimento dei diritti fondamentali comunitari *assoluti*, si è avuto con la pronuncia, da parte del Tribunale di primo grado, delle recenti sentenze Yusuf e Kadi del 2005¹⁶⁶.

¹⁶³ La formula, che rappresenta una rielaborazione del concetto di “dignità” di kantiana memoria, è stata utilizzata (tra gli altri) da cfr. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1956, 117ss

¹⁶⁴ Cfr. A TANCREDI, *L’emersione dei diritti fondamentali*, cit. 669

¹⁶⁵ *Ibidem*

¹⁶⁶ Cfr. Tribunale di primo grado, sent 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf*, cit. ; Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi*, cit.

Tali sentenze rappresentano un esempio di quella serie di decisioni pronunciate dal giudice comunitario per decidere su ricorsi aventi ad oggetto norme comunitarie *anti-terrorismo*¹⁶⁷.

Prima di analizzare il caso di specie, preme evidenziare come l'importanza delle due decisioni in commento consista nel fatto che, attraverso tali pronunce, il giudice comunitario ha sancito il principio *dell'inviolabilità* dei diritti fondamentali oggetto di norme di *jus cogens*. Nello specifico, il Tribunale di primo grado è giunto a tale conclusione attraverso tre passaggi logico-giuridici.

In primo luogo, ha ribadito, confermando un orientamento già consolidato in dottrina¹⁶⁸, l'esistenza di una gerarchia tra i diritti fondamentali.

In secondo luogo, ha precisato, utilizzando come parametro una fonte fino a quel momento mai direttamente utilizzata dalla giurisprudenza comunitaria, che la superiorità gerarchica di alcuni diritti fondamentali deriverebbe dal fatto che essi costituiscono oggetto di norme internazionali di *jus cogens*.

In terzo luogo, come corollario delle considerazioni appena esposte, il Tribunale di primo grado ha riconosciuto ai diritti fondamentali oggetto di *jus cogens* valore *assoluto* nel senso estremo del termine; in altre parole, il giudice comunitario ha attribuito a tali diritti il carattere *dell'inviolabilità* e *dell'inderogabilità* nei confronti di tutti i soggetti

¹⁶⁷ Tra le altre pronunce anti-terrorismo si ricorda cfr. Tribunale di primo grado, sent. 26 aprile 2005, cause riunite T 110/03, T 150/03, T 405/03, *Josè Maria Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, in www.curia.eu.int

¹⁶⁸ Cfr CATALDI, *Article 15*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2001, 425ss; MERON, *On Hierarchy of International Human Rights*, in *American Journal of Law*, 1986, 1ss

dell'ordinamento internazionale e, quindi, anche del diritto comunitario.

Passiamo, adesso, all'analisi del caso di specie. Il giudizio in commento ha avuto origine da un ricorso di annullamento proposto dal sig. *Ahmed Ali Yusuf* e dal sig. *Yassin Abdullah Kadi* con cui venivano impugnati due regolamenti¹⁶⁹ comunitari adottati in attuazione di alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza¹⁷⁰ volte a congelare i beni delle persone fisiche o giuridiche coinvolte nell'attività terroristica di Al-Qaeda. Pertanto, i ricorrenti, vistosi congelare - in applicazione dei succitati regolamenti- gran parte dei loro beni, hanno adito il Tribunale di primo grado deducendo tre tipi di violazioni: l' incompetenza del Consiglio ad adottare i regolamenti in esame, la violazione dell'art. 249 del TCE e la lesione dei diritti fondamentali di proprietà, del diritto ad essere ascoltati da un giudice, e del diritto ad un rimedio giudiziale effettivo.

Il Tribunale di primo grado, dopo aver ritenuto infondate le prime due censure, rigetta il ricorso sostenendo che non si è verificata alcuna violazione dei tre diritti fondamentali dedotti in giudizio.

In primo luogo, secondo il giudice comunitario, non si è verificata alcuna violazione del diritto di proprietà in quanto il congelamento di capitali non è assimilabile ad una privazione arbitraria della proprietà

¹⁶⁹ Si fa riferimento al regolamento CE del Consiglio del 6 marzo 2001 n.467(che disponeva un divieto di esportazione di alcune merci e servizi in Afghanistan) ; e al regolamento CE del Consiglio 27 maggio del 2001 n. 881 (che impone misure restrittive da applicare ai patrimoni di persone fisiche e giuridiche legate alla rete terroristica di Al-Qaeda.)

¹⁷⁰ Cfr Consiglio di sicurezza, ris. 1333/2000, del 19 dicembre del 2000; ris. 1390/2002, del 16 gennaio 2002

poiché va ad incidere solo sulla possibilità di disporre delle proprie disponibilità finanziarie.

In secondo luogo, non risulta alcuna lesione del diritto ad essere ascoltati da un giudice in quanto il Consiglio, essendosi limitato esclusivamente ad applicare le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, non aveva alcun obbligo di ascoltare le osservazioni dei soggetti interessati dalla normativa.

In terzo luogo, non è riscontrabile una violazione del diritto ad un rimedio giudiziario effettivo in quanto i ricorrenti hanno potuto, senza ostacoli, adire il Tribunale di primo grado attraverso il ricorso di *annullamento*.

In verità, però, ciò che ai fini della presente analisi rileva non è tanto la decisione assunta dal Tribunale di primo grado in relazione al caso di specie, quanto, piuttosto, vedere quale sia stato *l'iter* argomentativo che ha consentito al giudice comunitario, traendo spunto dalla questione in esame, di affermare *l'inviolabilità* dei diritti fondamentali oggetto di *jus cogens*.

In primo luogo, il Tribunale di primo grado afferma l'esigenza di dover vagliare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza che ha portato il Consiglio ad adottare i regolamenti impugnati; tale necessità, infatti, deriva dal fatto che, come ribadisce il Tribunale, gli organi comunitari si sono comportati, nel caso di specie, come meri esecutori delle direttive del Consiglio di sicurezza.

Sulla base di quanto appena esposto, il Tribunale di primo grado precisa che, per poter vagliare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, non può fare riferimento ai principi di diritto

comunitario concernenti la tutela dei diritti della persona¹⁷¹ e, pertanto, deve utilizzare come parametro le norme di diritto internazionale cogente; alla luce di quanto detto, quindi, il giudice comunitario accetta espressamente di fare riferimento ad una serie di norme imperative (quali sono quelle di *jus cogens*) che rendono i diritti fondamentali da esse sanciti dei diritti *inviolabili*.

Fatta questa premessa, il giudice comunitario comincia ad interrogarsi su quale sia il rapporto tra gli obblighi nascenti da norme di *jus cogens* e quelli derivanti da norme comunitarie¹⁷². In particolare , il Tribunale, considerando- sulla base di una precedente giurisprudenza¹⁷³- che gli obblighi di *jus cogens* prevalgono sugli obblighi comunitari e che tale prevalenza deve essere rispettata non solo da tutti gli Stati membri ma anche dalle istituzioni comunitarie, giunge alla conclusione che anche le norme di rango primario (cioè i Trattati) ed i principi generali di diritto comunitario devono conformarsi alle norme di diritto internazionale cogente (anche in materia di diritti umani).

Quanto suesposto consente al Tribunale di primo grado di trovare l'appiglio teorico per affermare che anche i regolamenti impugnati devono essere vagliati alla luce delle norme di diritto internazionale cogente per due ordini di considerazioni: in primo luogo, i regolamenti in esame sono una mera esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza(che, come già affermato, devono essere

¹⁷¹ D'altronde, se il Tribunale di primo grado avesse utilizzato i principi di diritto comunitario per sindacare un atto del consiglio di sicurezza avrebbe determinato una violazione degli artt. 307 TCE e 103 della Carta dell'ONU

¹⁷² Cfr. Tribunale di primo grado, sent 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf* ,cit., par.240 ; Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi*, cit., par.190

¹⁷³ Cfr sent.14 gennaio1997, causa124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c. HM Treasury e Bank of England*, in *Raccolta*,1997, I, 81,par.56

sindacate alla luce dello *jus cogens*); in secondo luogo, se le norme di diritto internazionale cogente incidono -come già sostenuto - sulle norme comunitarie di rango primario, sicuramente costituiscono un parametro di legittimità anche delle norme comunitarie derivate¹⁷⁴.

D'altronde, l'affermazione, contenuta nella decisione in commento, di far sempre prevalere lo *jus cogens* sul diritto comunitario primario e derivato si sposa perfettamente con i precedenti orientamenti della giurisprudenza e della dottrina in materia.

Infatti, la giurisprudenza comunitaria¹⁷⁵ aveva, già da tempo, riconosciuto il diritto internazionale generale (e quindi, anche le norme di *jus cogens*) come parametri per sindacare la validità dei regolamenti e delle direttive. Allo stesso modo, la dottrina¹⁷⁶ ha più volte ribadito che i Trattati comunitari, essendo soggetti al rispetto di tutte le condizioni di validità dei Trattati internazionali, devono necessariamente conformarsi anche al diritto internazionale cogente.

Alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, infine, il Tribunale di primo grado, considerato che le norme di *jus cogens* sono *inviolabili* ed *inderogabili* e che (come argomentato precedentemente) lo *jus cogens* prevale sempre sul diritto comunitario, giunge alla conclusione che tutti i diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario e che, al contempo, costituiscono oggetto di norme di *jus cogens* devono

¹⁷⁴ Cfr. Tribunale di primo grado, sent 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf*, cit., par.281 ; Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi*, cit., par.230

¹⁷⁵ Corte di giustizia sent. 27settembre 1988, cause riunite 89,104,114,116,117e125-129/85, *Ahlström*, cit.

¹⁷⁶ Cfr. AMODEO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int .priv.proc.*, 2000, 895 ss; PETERS, *The Positions of International Law Within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of Int. Law*, 1997 , 9ss

essere considerati *assoluti* ed *inviolabili* e, pertanto, sempre prevalenti sulle quattro libertà fondamentali dell'Unione.

Rimane da fare un'ultima considerazione in riferimento alla sentenze Yusuf e Kadi.

Se si fa un'analisi comparata di tali decisioni con la prima sentenza della Corte di giustizia in cui è stata riconosciuta l' "assolutezza" di alcuni diritti fondamentali (la sentenza *Schmidberger*) si potrà notare, come già sostenuto da parte della dottrina¹⁷⁷, che le decisioni in commento rappresentano un ulteriore passo in avanti nel riconoscimento comunitario dei diritti fondamentali *assoluti* .

In primo luogo, infatti, si noti come il Tribunale nelle sentenze Yusuf e Kadi, per riconoscere l'assolutezza dei diritti fondamentali, fa riferimento ad una fonte esterna all'ordinamento comunitario: lo *jus cogens* ; quanto detto è un elemento di assoluta differenza rispetto alla sentenza *Schmidberger* in cui la Corte utilizza come parametro la Cedu che, in forza dell'art6 TUE, è recepita espressamente come fonte d'ispirazione della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali.

Da ultimo, preme evidenziare come nelle sentenze Yusuf e Kadi - al contrario della sentenza *Schmidberger* in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto l' "assolutezza" di alcuni diritti fondamentali, ma non ha espresso alcuna considerazione su quale dovesse essere il *trattamento* da riservare a tali diritti- il Tribunale di primo grado non si è limitato a riconoscere come assoluti tutti quei diritti oggetto di norme di *jus cogens* ma, dichiarandone l'inviolabilità, ha sancito la loro sottrazione ad ogni possibile bilanciamento con interessi contrastanti.

¹⁷⁷ Cfr .A TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali*, cit., 676

4. LA CARTA DI NIZZA

L'esigenza di realizzare un catalogo comunitario di diritti fondamentali è sempre rimasta latente, nonostante il riconoscimento giurisprudenziale che la Corte di giustizia ha, negli anni, posto in essere in materia di diritti della persona e nonostante il successivo recepimento dei principi, sanciti dal giudice comunitario, ad opera delle norme comunitarie di rango primario (art. 6 TUE). Ciò, probabilmente, perché l'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali costituisce lo sbocco necessario di quell'evoluzione - non più solo economica ma anche, e soprattutto, politica - che ha caratterizzato (specie negli ultimi anni) l'Unione europea, e che potrà ritenersi completa soltanto con l'entrata in vigore di una Costituzione europea¹⁷⁸ (di cui, appunto, la Carta dei diritti fondamentali dovrebbe rappresentare il nucleo essenziale).

Quanto detto consente, agevolmente, di comprendere la *ragione* che ha spinto il Consiglio - congiuntamente con il Parlamento europeo e con la Commissione europea - a proclamare, il sette Dicembre del 2000, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Carta di Nizza rappresenta la prima dichiarazione di diritti umani a livello comunitario, e le sue disposizioni si applicano, ai sensi del suo art. 51, a tutti gli Stati membri, alle istituzioni ed agli organi dell'Unione nell'attuazione del diritto comunitario.

¹⁷⁸ Obiettivo questo che - alla luce del fallimento del Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa del 2004, ed alla luce delle vicende storiche che hanno condotto alla ratifica del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) - sembra, quanto mai, difficile da raggiungere.

La procedura che ha dato vita alla Carta europea dei diritti è stata particolarmente complessa ed ha coinvolto organi differenti che hanno svolto funzioni diverse nell'ambito di tre fasi principali.

In primo luogo, il processo di redazione della Carta ha visto impegnato un comitato di esperti¹⁷⁹ al quale è stato affidato il compito di procedere ad una attività di studio preparatoria per la definizione del vero e proprio contenuto del progetto.

La seconda fase ha visto come protagonista un'apposita Convenzione¹⁸⁰ che, in soli dieci mesi, ha elaborato un progetto di Carta costituito da 54 articoli, raggruppati in 7 capi e preceduti da un Preambolo.

Un aspetto interessante da notare è che la scelta di utilizzare una Convenzione, ai fini di elaborare il progetto in esame, ha rappresentato un' assoluta novità nella prassi comunitaria. Infatti, fino a quel momento, le istituzioni comunitarie non avevano mai fatto ricorso ad un tale organismo (al fine di redigere testi di Dichiarazioni o di altri Atti rilevanti per l'ordinamento dell'Unione). Probabilmente,

¹⁷⁹ Il comitato prese il nome di "Comitato Simits", dal nome del suo presidente

¹⁸⁰ La Convenzione è stata composta da quindici rappresentanti di Capi di Stato e di Governo degli Stati membri, un rappresentante del presidente della Commissione europea, sedici membri del Parlamento europeo e trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ogni Stato membro). Alle sessioni della Convenzione hanno partecipato, come osservatori, due membri della Corte di giustizia delle comunità europee, due rappresentanti del Consiglio d'Europa, di cui un membro della Corte europea dei diritti umani. Sotto la presidenza finlandese dell'Unione il Consiglio europeo di Tampere, svoltosi il 14 e 15 ottobre 1999, precisava la composizione della Convenzione e prescriveva la totale pubblicità e trasparenza degli incontri e di tutti i documenti prodotti. Nella prima di queste riunioni, tenutasi il 17 Dicembre 1999 a Bruxelles, i membri della Convenzione si sono dati come presidente Roman Herzog, ex presidente della Repubblica federale di Germania ed ex presidente del Tribunale costituzionale tedesco. Il Praesidium della Convenzione ha riunito il Presidente e tre vice-presidenti. Poco meno di un anno dopo, il 2 ottobre 2000, il presidente Herzog ha trasmesso il progetto preliminare della Carta al Consiglio europeo che lo ha esaminato a Biarritz, il 13 e 14 ottobre 2000, e lo ha approvato a Nizza.

la scelta di una Convenzione è stata dettata dalla consapevolezza che questo organismo avrebbe consentito la partecipazione di una pluralità di soggetti interessati alla stesura della Carta. Si ricorda, infatti, che alla Convenzione hanno partecipato (per la prima volta insieme) non solo le principali istituzioni comunitarie e nazionali (e cioè, Commissione ,Parlamento europeo, Parlamenti e Governi nazionali) ma anche, rappresentanti di istanze sociali statali e sub-statali¹⁸¹.

Infine, il progetto della Carta è stato approvato nell'ottobre del 2000 ed è stato solennemente proclamato a Nizza , nel corso di una riunione del Consiglio europeo, nel dicembre dello stesso anno.

Per individuare le *fonti d'ispirazione* utilizzate per determinare il contenuto della Carta di Nizza, è opportuno fare riferimento al suo Preambolo. Quest'ultimo, in particolare, precisa che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione intende riaffermare “*i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull' Unione europea e dai trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consigli d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell' uomo.*”. In altri termini, la Convenzione ha voluto recepire, all'

¹⁸¹ A tal riguardo, si pensi, ad esempio, alla funzione consultiva riconosciuta, dalla Convenzione, al Comitato economico e sociale, al Mediatore europeo, al Comitato delle regioni. Si pensi, altresì, alla possibilità di esprimere pareri che è stata concessa ad alcune organizzazioni non governative volte alla tutela dei diritti fondamentali. Si pensi, inoltre, al ruolo attivo che, la Giunta degli affari delle comunità europee del Senato della Repubblica Italiana, ha svolto nell'elaborazione del progetto; nello specifico, la Giunta ha dato inizio ad una inchiesta sulla attività di redazione della Carta che l'ha condotta ad approvare una Risoluzione immediatamente trasmessa al presidente della Convenzione.

interno della Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea, tutte quelle situazioni soggettive giuridiche riconosciute come fondamentali da parte della CEDU, dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, dalla Carta sociale europea, dalla Carta dei diritti sociali fondamentali e dalla giurisprudenza comunitaria e (soprattutto) della Corte di Strasburgo.

Se si considera ciò, non appare azzardato ritenere che la Carta persegua, principalmente, i seguenti obiettivi. In primo luogo, la Carta di Nizza mira, sicuramente, ad attribuire una maggior rilievo ed a rafforzare la tutela dei diritti sociali ed economici. Una conferma proviene dallo stesso Preambolo, laddove si afferma che “(...) è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell' evoluzione della società, del progresso sociale, e degli sviluppi scientifici e tecnologici”. E sempre in tale ottica (di rafforzamento delle situazioni giuridiche di natura sociale ed economica), vanno considerate quelle disposizioni della Carta che riconoscono il diritto di negoziazione, il diritto di azioni collettive (previsto a favore sia dei lavoratori che dei datori di lavoro), il diritto ad una adeguata tutela in caso di licenziamento *senza giusta causa*, il diritto ad ottenere condizioni di lavoro *giuste*, il divieto di lavoro minorile.

In secondo luogo, la Carta di Nizza ha la funzione di positivizzare a livello comunitario, per la prima volta, l'esistenza di un “sostrato di valori, principi e diritti” che sia condiviso da tutti gli Stati membri e che, al contempo, funga da parametro per verificare l'idoneità di quei Paesi in procinto di entrare a far parte della Unione. Ed è al fine di

trovare un punto d'incontro in materia di diritti fondamentali tra il maggior numero di Stati membri, che si spiega il richiamo, da parte della Carta, non solo a fonti comunitarie ma a fonti nazionali(quali le tradizioni costituzionali comuni) e internazionali (quali la Cedu e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti) di tutela dei diritti della persona.

In terzo luogo, come sostenuto da certa dottrina¹⁸², non si disconoscere che, con la Carta di Nizza, l'Unione europea "*cessa di essere soltanto un'Europa di mercanti per convertirsi in una Europa di cittadini*". La dimostrazione di quanto detto, secondo tale orientamento, è individuabile all'interno dello stesso Preambolo della Carta, laddove si afferma che "*l'Unione si fonda su valori indivisibili e universali di dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, e si basa su principi di democrazia e dello Stato di diritto*" e nell'istituire la *cittadinanza dell'Unione* e nel creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia "*pone la persona al centro della sua azione*".

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata al centro di complessi dibattiti dottrinali aventi ad oggetto, principalmente, due questioni: il *contenuto* della Carta di Nizza, ed il suo *valore* (fino ad oggi¹⁸³ non ben definito, in quanto a metà tra la dimensione politica e quella giuridica).

¹⁸²Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

¹⁸³ Come è noto, oggi, il problema di stabilire il *valore* (giuridico o politico) della Carta di Nizza è stato definitivamente superato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009). Il nuovo Trattato europeo infatti – modificando l'art.6 TUE – attribuisce alla Carta "*lo stesso valore giuridico dei Trattati*".

Con riferimento al *contenuto* della Carta dei diritti fondamentali UE, va segnalato come la dottrina si sia divisa tra opinioni favorevoli e di approvazione, e pareri di forte critica.

Analizziamo, innanzitutto, quella parte della dottrina che ha messo in luce gli aspetti positivi della Carta di Nizza, ritenendoli necessari per realizzare una effettiva tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario.

Un autorevole orientamento dottrinale¹⁸⁴ ha, ad esempio, evidenziato il carattere assolutamente innovativo del contenuto della Carta in esame, la quale sancisce, per la prima volta, un catalogo di c..d. “nuovi diritti”. In altre parole, secondo tale dottrina, l’aspetto innovativo della Carta di Nizza consisterebbe nel fatto che essa riconosce una serie di diritti che - essendo sorti in seguito all’evoluzione delle tecnologie più moderne e ai più recenti sviluppi economico- sociali - non hanno trovato recepimento nei cataloghi di diritti previsti dalle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra.

Si pensi, ad esempio, alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in materia di *biotecnologie*. Nello specifico, si fa riferimento al diritto all’*integrità fisica e psichica della persona* (*ex art.3*), da cui si fanno discendere una serie di obblighi in capo a tutti i soggetti che svolgono una attività di tipo medico o biologico, quali: il principio del consenso libero ed informato della persona interessata, il divieto di pratiche eugenetiche volte alla selezione delle persone, il divieto di utilizzare il corpo umano come

¹⁸⁴ Cfr E PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A MANZELLA- P MELOGRANI-E PACIOTTI-S RODOTA’, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001,14ss

fonte di lucro e il divieto di clonazione degli esseri umani. Ed ancora, si pensi alle norme della Carta in materia di *tecnologie della comunicazione*; in particolare, si consideri come dal diritto alla *protezione dei dati di carattere personale* (*ex art.8*) derivano una serie di obblighi in capo a chi svolge l'attività di raccolta e trattamento dei medesimi, quali: l'obbligo di lealtà, l'obbligo di ottenere il consenso del soggetto interessato, l'obbligo di consentire l'esercizio del diritto di accesso ai propri dati e di rettifica di quelli non corretti. E sempre in tal senso, va letta la disciplina della Carta di Nizza in materia di *pari opportunità* e, soprattutto, il principio di *parità tra uomini e donne ex art.23* (che, per espressa previsione della norma, non impedisce, comunque, l'introduzione di misure volte a tutelare le esigenze del " *Sesso sottorappresentato*"). Si pensi, inoltre, alla modernità dimostrata dalla Carta nel prevedere un'articolata disciplina riferita, espressamente, alla tutela del *bambino*. L'art. 24 (rubricato *diritti del bambino*), in particolare, garantisce al bambino il diritto alla protezione ed alle cure necessarie, il diritto di esprimere liberamente la propria opinione (che, come precisato dalla disposizione in esame, deve essere considerata come un elemento determinante ai fini di assumere una qualche decisione che lo riguardi), il diritto ad intrattenere rapporti con entrambi i genitori, il diritto ad una tutela particolare nei confronti di tutti gli atti che lo riguardano "*siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private*". Ed ancora, la Carta di Nizza mostra una particolare attenzione per le esigenze degli *anziani*; al riguardo, infatti, l'art.25 dichiara che "*l'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e*

indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale". Così come un ulteriore elemento innovativo è rappresentato dall'interesse che la Carta di Nizza riserva nei confronti di alcuni "soggetti particolari". L'art. 26, ad esempio, riconosce una tutela particolare nei confronti dei *disabili*, attribuendo a tali soggetti il diritto ad ottenere, da parte dell'Unione, una serie di misure volte a garantirne *"l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità"*. Così come l'art.38 pone, in capo all'Unione, il dovere di promuovere una serie di politiche finalizzate a garantire un più elevato livello di protezione a favore dei *consumatori*. E si pensi, ancora, ad una serie di "nuovi diritti" riconosciuti dalla Carta quali: il diritto ad *una buona amministrazione* e il diritto *ad un ambiente sano*. Il riconoscimento, ad opera della Carta di Nizza, di diritti "nuovi" (sino a quel momento, in alcun modo recepiti dalle Costituzioni degli Stati membri) rileva sotto un duplice profilo. Anzitutto - come già sostenuto da parte della dottrina - è l'ulteriore prova che la categoria dei diritti fondamentali *"non [può] essere[considerata] un catalogo chiuso, dato che l'evoluzione della società determina l'apparire di nuovi diritti"*¹⁸⁵.

D'altronde, il fatto che i diritti fondamentali non possano essere limitati all'interno di un *catalogo chiuso* è dimostrato dallo stesso processo evolutivo che ha caratterizzato tali situazioni soggettive giuridiche. Non a caso, la dottrina¹⁸⁶ ha parlato di diritti fondamentali di *prima generazione* (facendo riferimento a i diritti civili e politici),

¹⁸⁵ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

¹⁸⁶ Sull'idea che i diritti fondamentali non costituiscono un catalogo chiuso di valori cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit. 115ss.

seguiti poi da diritti di *seconda generazione* (rappresentati dai diritti economici e sociali) cui si sarebbe, negli ultimi anni, aggiunta una terza categoria di diritti fondamentali: i c.d. diritti di *terza generazione* (con riferimento a diritti quali, il diritto *ad uno sviluppo soddisfacente e globale*, il diritto alla *pace e alla sicurezza*, etc...).

Inoltre, la Carta di Nizza - riconoscendo nuovi valori e tutelando situazioni soggettive giuridiche fondamentali sorte recentemente - consente all'interprete (al fine di garantire una sempre maggiore effettività nella tutela dei diritti umani) d'integrare quei testi costituzionali nazionali che prevedono un numero chiuso di diritti fondamentali. Al riguardo, è emblematico il caso della Costituzione spagnola. Secondo la dottrina spagnola maggioritaria¹⁸⁷, infatti, l'attuale Costituzione iberica del 1978 - a differenza della Costituzione del 1869 (che, ai sensi dell'art.29, stabiliva espressamente che "*l'elencazione dei diritti contenuti in questo titolo non implica l'esclusione di qualunque altro diritto non contemplato espressamente*") - prevede una lista di diritti non aperta al riconoscimento di diritti o libertà non previsti dalla Carta fondamentale. Tuttavia, secondo tale orientamento, è comunque, possibile dare rilievo (nell'ambito dell'ordinamento costituzionale spagnolo) a "nuove" situazioni soggettive giuridiche, ricorrendo agli artt.10 co.2 (secondo cui "*las normas relativas a Derechos Fundamentales y Libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre*

¹⁸⁷Fra gli altri cfr. E ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho constitucional*, vol I, Tecnos, 2005, 329-330

las mismas materias ratificados por España”) e 96 (secondo cui “ *los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno*”) della Carta fondamentale iberica. A condizione, però, che l’art.10 venga interpretato nel senso di costituzionalizzare l’esistenza di tutti quei diritti fondamentali, presenti e futuri, inerenti alla dignità della persona umana ed al libero sviluppo della sua personalità; così come l’art.96 deve essere inteso come lo strumento attraverso il quale i Trattati e gli Accordi internazionali(anche relativi ai diritti umani), ratificati dalla Spagna, divengono parte integrante dell’ordinamento iberico. Sulla base di tale considerazione, la dottrina in esame (ed è questo l’aspetto che qui interessa maggiormente) ritiene che la Carta di Nizza costituisca uno di quei documenti sovranazionali a tutela dei diritti umani che - in forza dei succitati artt.10 e 96 Cost. spagnola – entra a far parte dell’ordinamento giuridico spagnolo, integrando così il sistema di tutela nazionale riservato ai diritti della persona.

Sempre dal punto di vista contenutistico, parte della dottrina¹⁸⁸ ha evidenziato come un’ulteriore novità della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea consista nel fatto che essa

¹⁸⁸ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit. In particolare l’A. ritiene che, in linea teorica, la Carta Africana dei Diritti degli Uomini e dei Popoli rappresenti il più avanzato strumento di tutela internazionale dei diritti fondamentali per tre motivi. In primo luogo , la Carta Africana riconosce insieme diritti civili e politici e diritti economici sociali e culturali. La dimostrazione di quanto appena detto si può ricavare dalla lettura del Preambolo, laddove dispone che “*i diritti civili e politici non possono essere dissociati dai diritti economici sociali e culturali tanto nella loro concezione, così come nella loro universalità e che la soddisfazione dei diritti economici sociali e culturali è una garanzia per l’esercizio dei diritti civili e politici*”. In secondo luogo, la maggiore completezza della la Carta Africana sta nel fatto che, a differenza della Cedu, essa prevede non soltanto diritti ma anche doveri. In terzo luogo, la Carta Africana, definendoli diritti dei *popoli*, tutela i c.d. diritti di terza generazione quali: diritto ad un ambiente sano(art.24), diritto alla pace e alla sicurezza (23).

rappresenta (dopo la Carta Africana dei Diritti degli Uomini e dei Popoli del 26 giugno 1981) il primo strumento sovranazionale di tutela che riconosce insieme (senza alcuna distinzione di sorta) diritti *civili e politici* e diritti *economici sociali e culturali*. Conseguentemente, la Carta di Nizza assume, così, una posizione di rottura rispetto alla tradizionale distinzione tra diritti *civili e politici* e diritti *economici sociali e culturali*. Distinzione che, nel tempo, ha finito per condizionare le stesse forme di tutela da riservare a tali situazioni soggettive giuridiche¹⁸⁹ (che sono state differenziate sulla base della natura del diritto).Così, mentre i diritti *civili e politici* sono stati protetti a livello internazionale dal Patto internazionale dei diritti civili e politici ed a livello regionale dalla Cedu; i diritti *economici sociali e culturali*, invece, sono stati riconosciuti a livello internazionale dal Patto sui diritti economici sociali e culturali e a livello regionale dalla Carta sociale europea.

Nonostante le considerazioni sin qui svolte, va poi rilevato come il contenuto della Carta di Nizza sia stato, altresì, oggetto di alcune aspre critiche, avanzate da certa dottrina.

Un primo orientamento¹⁹⁰, ad esempio, ha negato una qualunque portata innovativa del documento in esame, sostenendo che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si limiterebbe a riepilogare i diritti fondamentali sanciti dalla Cedu e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare - secondo la

¹⁸⁹ Sulladistinzione tra diritti di libertà e diritti sociali e sulle problematiche attinenti ad un'etica dello sviluppo cfr. F VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., 71 ss.

¹⁹⁰ Cfr. C MORTE GÓMEZ , “*El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea*”, in E ÁLVAREZ CONDE-V GARRIDO MAYOL, *Commentarios a la Constitución Europea*, II, cit., 1613 ss.

ricordata dottrina - i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza possono essere raggruppati in tre categorie.

In primo luogo, è possibile individuare, all' interno della Carta, una serie di diritti "identici" (in quanto hanno *identico* contenuto e portata) a situazioni soggettive giuridiche già sancite dalla Cedu. Ci sarebbe un'assoluta corrispondenza, ad esempio, tra l'art.2 della Carta di Nizza e l'art.2 della Cedu (entrambi relativi al *diritto alla vita*), tra l'art.5 co.1e2 della Carta di Nizza e l'art. 4 della Cedu (relativi al divieto di lavoro forzato e di schiavitù). In secondo luogo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea parrebbe riconoscere una serie di diritti che presentano il medesimo contenuto ma hanno una portata più ampia rispetto ai corrispondenti diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ad esempio, l'art.9 della Carta di Nizza – pur avendo un contenuto corrispondente all'art.12 della Cedu (che sancisce il diritto a contrarre matrimonio) - ha un ambito di applicazione più esteso, in quanto è applicabile anche ad altre forme di matrimonio diverse da quella tradizionale (purché, ovviamente,siano contemplate dalla legislazione nazionale). Infine - secondo la dottrina in esame - tutti i diritti della Carta di Nizza che non hanno un corrispondente nella Cedu, sarebbero comunque riconducibili a situazioni soggettive giuridiche già riconosciute dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti. A dimostrazione di quanto detto, si pensi al diritto alla *tutela dell'ambiente* sancito dall'art.37 della Carta. Tale diritto (che è stato prospettato come una delle più importanti novità introdotte dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), in realtà, era già stato (anni

prima) espressamente affermato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁹¹.

Autorevole dottrina¹⁹², poi, ha evidenziato la sostanziale debolezza che la Carta di Nizza presenterebbe in relazione alla tutela dei diritti sociali.

E ciò, in quanto avrebbe previsto - a garanzia di tali situazioni soggettive giuridiche - una serie di disposizioni dal contenuto ridotto e meno efficaci (ad appretare protezione) rispetto a quelle previste da alcuni testi costituzionali nazionali (tra cui, la stessa Costituzione italiana).

In tal senso, va, ad esempio, letto il contenuto “generico” delle disposizioni della Carta relative alla tutela degli anziani e dei disabili ed alla tutela in materia di lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo del lavoro.

Si pensi, inoltre, al diritto all’istruzione *ex art.14* della Carta di Nizza collegato, inspiegabilmente, soltanto alla libertà di istituire scuole nel rispetto dei principi democratici ed al diritto dei genitori di educare i figli secondo le loro convinzioni, senza, invece, far alcun riferimento ad un obbligo di istituire un sistema scolastico pubblico e pluralista.

Ed ancora – come evidenziato dalla dottrina¹⁹³ - particolarmente “ambiguo” risulta il tenore dell’art.15 della Carta (rubricato *Libertà professionale e diritto di lavorare*), laddove si utilizza il termine

¹⁹¹ Cfr.Corte europea dei diritti, sent *López Ostra,c. Esapgne*, causa 16798/90 del 23 novembre 1994; sent.*Guerra* del 19 febbraio del 1998

¹⁹² Cfr.U De SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir pubbl.comp.eur.*, 2001,157 ss.; Id. “*L’ambigua formulazione della Carta dei diritti*,”in *Dir. pubbl.* 2001,50ss

¹⁹³ Cfr E.GROSSO, *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”*, in Cfr. G ZAGREBELSKY (a cura di) *Diritti e Costituzione nell’ Unione europea*, Roma-Bari,2003,172ss.

“*diritto di lavorare*”, anziché il termine (considerato molto più garantista) “*diritto al lavoro*”(locuzione, fra l’altro, accolta dal nostro Legislatore costituzionale).

Così come altrettanto criticabile parrebbe essere la scelta degli estensori della Carta di Nizza di fissare - in materie delicate, quali il licenziamento ingiustificato ed il diritto alla salute - soltanto disposizioni di principio, rimettendo, poi, il compito di stabilire la disciplina specifica alle leggi ed alla prassi dei singoli Stati membri.

In realtà però - come già osservato¹⁹⁴ - va rilevato come la “genericità” delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in materia di diritti sociali, sia una conseguenza inevitabile della natura intrinseca della Carta stessa. Gli estensori tale documento infatti – avendo avuto l’obiettivo di creare una base di valori e di diritti comuni che fosse condivisa da tutti i Paesi membri dell’Unione - hanno dovuto necessariamente utilizzare termini ed espressioni non troppo specifiche (per non dire generiche), al fine d’individuare soluzioni normative che potessero rappresentare un punto d’incontro (in materia di diritti fondamentali) tra i vari ordinamenti nazionali. E ciò, soprattutto, in una materia, come quella dei diritti sociali, in cui si riscontrano le maggiori differenze tra le varie tradizioni costituzionali. Un'altra significativa critica, mossa dalla dottrina¹⁹⁵ in riferimento al contenuto della Carta di Nizza, ha riguardato la *tecnica normativa* utilizzata, dai suoi estensori, per redigerla.

¹⁹⁴ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 939 ss.-945

¹⁹⁵ Cfr. U. De SIERVO, *I diritti fondamentali europei*, cit.

In particolare, si è constatato (in senso negativo) come la Carta (al pari delle Costituzioni dell'ottocento quali, ad esempio, lo Statuto Albertino) si sia limitata alla mera enunciazione dei diritti fondamentali, senza prevedere tassativamente le restrizioni che i poteri pubblici (e, in primo luogo, il legislatore) possono legittimamente porre nei confronti di tali diritti. Sicchè il livello di protezione dei diritti umani, fornito dalla Carta in commento, risulterebbe inferiore rispetto a quello garantito, ad esempio, dalla Costituzione italiana. La nostra Carta fondamentale infatti – laddove indica tassativamente i *limiti* che il legislatore può (legittimamente) disporre in relazione al singolo diritto fondamentale - implicitamente esclude che i poteri pubblici possano prevedere compressioni di tali diritti ulteriori a quelle espressamente consentite dalla Carta Costituzionale.

In linea con i rilievi critici sin qui esposti si pone, altresì, quell'orientamento dottrinale¹⁹⁶ secondo cui la Carta di Nizza - sebbene formalmente ineccepibile dal punto di vista contenutistico (proprio per la modernità dei valori in essa sanciti) – risulterebbe, di fatto, “*non effettiva*”, in quanto non prevede nessun meccanismo di tutela (soprattutto giurisdizionale) idoneo a renderla efficace. In particolare, secondo tale dottrina, gli estensori della Carta di Nizza avrebbero commesso “l'errore” - al fine di raggiungere un'universalizzazione dei diritti e di eliminare la tradizionale distinzione tra diritti *civili e politici* e diritti *economici sociali e culturali* - di non consacrare una definizione rigida delle singole

¹⁹⁶ A RODRÍGUEZ , *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, 2001,238

situazioni soggettive giuridica prevista, ottenendo, in tal modo, una maggiore elasticità nella fase del riconoscimento (dei diritti) cui, però, fa da controaltare una minore chiarezza dei meccanismi di garanzia e di tutela esperibili.

Ed inoltre, la mancanza di “effettività” della Carta dei diritti fondamenatli dell’Unione troverebbe, ancor di più, conferma nell’inidoneità del giudice comunitario a fornire (allo stato attuale) una tutela “piena” dei diritti fondamenatli. L’attuale sistema di ricorsi comunitario, infatti, offre al cittadino europeo una protezione dei diritti dell’uomo soltanto “indiretta”. E ciò, poiché – al di là delle condizioni imposte dall’ex art. 230 TCE (secondo cui un soggetto può proporre ricorso per annullamento solo avverso atti che «...lo riguardano direttamente ed individualmente») – una lesione di un diritto fondamentale può essere fatta valere (innanzi al giudice comunitario) non in quanto tale, ma soltanto come “violazione indiretta” dei Trattati.

Pertanto, sembra condivisibile quell’orientamento dottrinale¹⁹⁷ in base al quale - per garantire una tutela comunitaria effettiva dei diritti sanciti dalla Carta di Nizza - occorrerebbe prevedere (sulla scia di quanto già stabilito per la Corte EDU) un sistema di ricorso diretto alla Corte di giustizia (una sorta di “*recurso de amparo*” comunitario); così da consentire ai cittadini europei di adire direttamente il giudice comunitario, ogni qual volta si verifichi una violazione di diritti

¹⁹⁷ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.; V T FREIXES SANJUAN, *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garancia de los derechos fundamentales*, in D ROUSSEAU, *La Justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002, XXIX

fondamentali determinata da atti delle Istituzioni dell'Unione o Statali (attuativi del diritto comunitario).

Un'altra questione particolarmente controversa ha riguardato il *valore* della Carta di Nizza¹⁹⁸.

Oggi – in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) – la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha acquisito, per espressa previsione del nuovo art.6TUE, “lo stesso valore giuridico dei Trattati”(assurgendo, in tal modo, a diritto comunitario primario)¹⁹⁹. Tuttavia, è controverso in dottrina se – prima di Lisbona – la Carta di Nizza abbia, comunque, goduto di forza giuridica vincolante (per cui il nuovo art.6TUE si sarebbe limitato a “ratificare” qualcosa che già esisteva); o, viceversa, se abbia rappresentato un semplice documento “politico”.

Parte della dottrina²⁰⁰, infatti, ha sostenuto - sulla base di un ragionamento fondato su motivi di ordine formale - che la Carta sarebbe stata, fino ad oggi, del tutto priva di qualunque valore giuridico. E ciò – al di là dell'assenza di un recepimento, delle disposizioni della Carta dei diritti, da parte dei Trattati istitutivi – in considerazione della mancata ratifica del Trattato-Costituzione (che avrebbe previsto l'incorporazione, al suo interno, del contenuto della Carta di Nizza). Conseguentemente, secondo tale orientamento, la Carta di diritti UE (seppur dotata di evidente importanza “politica”) avrebbe avuto (sino ad oggi) soltanto una *valenza futura*. Nel senso

¹⁹⁸ Al riguardo cfr. A BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, 241 ss.

¹⁹⁹ Il punto sarà, in seguito, dettagliatamente esaminato (v. *infra*).

²⁰⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *La Carta come atto giuridico e documento politico*, in A. MANZELLA- P. MELOGRANI- E. PACIOTTI- S. RODOTÀ', *Riscrivere i diritti*, cit.

che essa (dal 2000) sarebbe rimasta nella dimensione (provvisoria) del “giuridicamente irrilevante”, nell’attesa di acquisire – sulla base di una norma di rango primario (quale, oggi, il nuovo art.6TUE) – forza cogente.

In realtà, le considerazioni appena espresse - per quanto inoppugnabili da un punto di vista formale - non sono, però, sufficienti per ritenere (drasticamente) che la Carta di Nizza abbia costituito, in passato, una mera dichiarazione politica. In quanto tale Carta – sebbene, “formalmente”, sia entrata a far parte del diritto comunitario soltanto in forza del Trattato di Lisbona – ha di fatto esercitato, fin dalla sua proclamazione, un’effettiva incidenza sull’operato di tutte le istituzioni comunitarie ed è stata, a volte, persino richiamata dai giudici nazionali.

Al riguardo, va ricordato come la Carta di Nizza, già in passato, sia stata progressivamente utilizzata dal giudice comunitario, quale parametro di giudizio. Significativa, in tal senso, è la sentenza *Mannessmannrhoen* del 20 febbraio del2001²⁰¹. In tale decisione, infatti, il Tribunale di primo grado, ai fini della risoluzione della controversia, era stato sollecitato a tener conto dei principi stabiliti dalla Carta dei diritti. Ebbene, il Tribunale ha escluso di poter fare ricorso alla Carta non perché essa non fosse dotata di valore giuridico, ma, semplicemente, perché l’atto impugnato era stato adottato anteriormente al 7 dicembre 2000(data della proclamazione della Carta di Nizza).

²⁰¹ Cfr. Tribunale di primo grado, sent. del 20 febbraio del2001, causa T-112/98, *Mannessmannrhoen Werke AG c. Commissione*. Conformi cfr. Tribunale di primo grado, causa T 54/99, *Max Mobil*; causa T-177/01 *Jégo-Quéré*

Ed ancora, molteplici sono stati i casi in cui la Carta, pur non avendo valore giuridico vincolante, ha di fatto costituito un punto di riferimento per l'attività delle principali istituzioni comunitarie.

Nel 2001, ad esempio, la Commissione – con apposita comunicazione²⁰² - ha dichiarato la volontà di vincolare tutte le sue procedure, in modo da renderle conformi con le previsioni della Carta dei diritti.

Allo stesso modo, il Consiglio – con ben quattro decisioni (relative rispettivamente: all'anno europeo del disabile²⁰³, all'istituzione di *Eurojust*²⁰⁴, alla lotta contro il terrorismo²⁰⁵, al mandato di arresto europeo²⁰⁶) ed due risoluzioni (relative alle differenze linguistiche²⁰⁷ ed all'apprendimento permanente²⁰⁸) - ha fatto esplicito riferimento alla Carta di Nizza. Così come continui sono stati i richiami alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione da parte del Parlamento europeo (in sede, ad esempio, di Revisione annuale sulla situazione dei diritti fondamentali nell'UE, di interrogazioni e relazioni parlamentari etc...), o durante l'adozione di atti sottoposti alla procedura di codecisione²⁰⁹.

E sempre in tale ottica, vanno lette alcune conclusioni degli Avvocati generali che - sin dalla proclamazione della Carta - vi hanno fatto

²⁰² Comunicazione della Commissione, Sec(2001) 380/3, 13 marzo 2001

²⁰³ Decisione del Consiglio, 2001/903CE

²⁰⁴ Decisione del Consiglio 2002/187GAI del 28 febbraio del 2002

²⁰⁵ Decisione quadro del Consiglio 2002/475GAI

²⁰⁶ Decisione quadro del Consiglio 2002/584GAI

²⁰⁷ Risoluzione del Consiglio 2002/C50/01

²⁰⁸ Risoluzione del Consiglio 2002/C163/01

²⁰⁹ Tra gli altri cfr. Regolamento CE 1409/2001; Decisione 50/2002/CE; Direttiva 2002/47CE

riferimento, invovandola (innanzi al giudice comunitario) quale parametro di giudizio.

Si considerino, ad esempio, le conclusioni dell' Avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio del 2001 presentate nel corso della causa *Broadcsting,Entertainment,Cinamatographic*²¹⁰. In tali conclusioni, infatti, l'Avvocato generale - al fine di sostenere che il diritto alle ferie retribuite è un diritto sociale fondamentale - richiama una serie di documenti internazionali e comunitari che lo riconoscono come tale; e precisa, poi, che, tra i documenti richiamati, quello che costituisce la conferma più significativa della "fondamentalità" del diritto in questione è proprio la Carta di Nizza.

Altrettanto significative appaiono, inoltre, le conclusioni dell'Avvocato generale Léger, presentate il 10 luglio del 2001, durante il corso della causa *P, Consiglio dell'Unione europea c. Heidi Hautala*²¹¹. In tale circostanza, infatti, l'Avvocato generale - per ribadire che il diritto di accesso ai documenti è un diritto fondamentale - precisa che tale diritto "è stato confermato dal punto di vista comunitario in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e all'adozione della Carta dei diritti fondamentali". Ed inoltre, l'Avvocato Léger - al fine di porre l'accento sull'incidenza della Carta di Nizza nell' ordianemnto comunitario - evidenzia che "(...)la natura dei diritti enunciati nella Carta(...) vieta di

²¹⁰ Causa C 173/99 *Broadcsting,Entertainment,Cinamatographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, par.26,27,28

²¹¹ Cfr. causa C-353/99, *P, Consiglio dell'Unione europea c. Heidi Hautal* . Per ulteriori esempi di conclusioni degli Avvocati generali in cui si è fatto espresso riferimento alla Carta di Nizza cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Alber presentate il 1° febbraio del 2001, causa C 340/99 *TNT Traco Spa c. Poste Italiane Spa*; conclusioni dell'Avvocato generale Mischo presentate il 22 febbraio del 2001, cause C 122/99 e C 125/99, *P e Regno di Svezia c. Consiglio*

considerarli come una semplice elencazione senza conseguenze di principi meramente morali. Occorre ricordare che tali valori hanno in comune il fatto di essere unitamente condivisi dagli Stati membri, che hanno scelto di renderli visibili trascrivendoli in una Carta, al fine di rafforzarne la tutela. La Carta ha innegabilmente collocato i diritti che ne costituiscono l'oggetto al più alto rango dei valori comuni degli Stati membri.(...)Come lasciano supporre la solennità della sua forma e del procedimento che ha condotto alla sua adozione, la Carta dovrebbe costituire uno strumento privilegiato utile ad identificare i diritti fondamentali. Detta Carta ha in sé indizi che contribuiscono rivelare la vera natura delle norme comunitarie di diritto positivo²¹²”.

L'impossibilità di ritenere che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione abbia rappresentato, in passato, una mera dichiarazione politica s'inferisce, altresì, dal fatto che gli stessi giudici nazionali - attraverso lo strumento “dell'interpretazione conforme al diritto comunitario” - hanno cominciato, nell'ambito delle loro decisioni, a richiamare in modo costante il documento in esame. Emblematica, al riguardo, è la sentenza n. 292/2000²¹³, con cui Tribunale costituzionale spagnolo - nel dichiarare l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge n.15/99 (in materia di *privacy*) – ha espressamente indicato la Carta di Nizza tra i propri parametri di giudizio.

Allo stesso modo, anche la Corte costituzionale ha fatto espresso riferimento alla Carta dei diritti, in due ben note decisioni del 2002

²¹² Cfr. causa C-353/99, *P, Consiglio dell'Unione europea c. Heidi Hautal*, cit, par.80,83,86.

²¹³ Cfr. Tribunale costituzionale spagnolo, sent.del 30 novembre 2000, n.292/2000

(che, per la verità, rappresentano le uniche pronunce in tal senso): le sentenze n. 135/2002 e n. 445/2002²¹⁴.

Nella prima sentenza, la Corte è stata chiamata a decidere se un tipo particolare di attività investigativa (consistente nella captazione d'immagini in luoghi di privata dimora) potesse determinare una lesione del diritto all'inviolabilità del domicilio. Ebbene, la Consulta – nel ritenere legittima tale tipo di attività investigativa – ha posto l'accento su due punti fondamentali: a) ha precisato che il diritto all'inviolabilità di domicilio può essere soggetto a limitazioni ulteriori, rispetto a quelle previste dall'art.14 co.2 Cost ; b) ha ribadito (ed è questo l'aspetto che qui rileva maggiormente) - richiamando la Carta di Nizza - che *“l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali (si fa riferimento all'art.8 Cedu), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (si fa riferimento all'art.17), né, infine, **nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000**(si fa riferimento agli artt.7 e 52)”*. Ma c'è di più.

Nella decisione in commento, la Corte non si è limitata a richiamare la Carta di Nizza a fondamento della sua decisione; ma ha, altresì, precisato che la necessità di dover tenere conto (ai fini della risoluzione del caso concreto) del documento in questione deriva dal fatto che esso - sebbene non dotato di valore giuridico - presenta un *“carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei”*.

²¹⁴ Cfr. Cort. Cost., sent. 135/2002 ; sent. 445/2002 , in *Giur cost.*, 2002, 1062 ss

Le considerazioni appena esposte permettono due ulteriori osservazioni.

In primo luogo - come rilevato da parte della dottrina²¹⁵ - va notato come, nella sentenza n.135/2002, il Giudice delle leggi (a conferma della grande rilevanza riconosciuta alla Carta dei diritti UE) abbia ricercato nella Carta stessa la propria legittimazione a ridurre, *iure pretorio*, la portata delle garanzie costituzionali previste in materia di *domicilio*.

In secondo luogo, parte della dottrina²¹⁶ ha evidenziato - a dimostrazione della profonda incidenza che la Carta ha prodotto (anche) nei confronti del nostro Giudice costituzionale - come la Corte costituzionale (nella ricordata sentenza) abbia sentito l'esigenza di richiamare (quale parametro di giudizio) la Carta dei diritti, sebbene ciò non fosse strettamente necessario ai fini della decisione.

Nel procedimento conclusosi con la sentenza n.445/2002, invece, la Corte è stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale *dell'obbligo di celibato e nubilato*, imposto dalla legge, come condizione per poter accedere al corpo della guardia di finanza.

Il Giudice delle leggi - nel dichiarare l'incostituzionalità del divieto in questione - ha precisato che tale norma sarebbe risultata in palese contrasto con il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici (*ex art. 51 co1 Cost.*), con il diritto di contrarre matrimonio (*ex artt.29 e 2 Cost.* e *ex art.16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948*) e con il diritto a non essere

²¹⁵ Cfr. A PACE, *Le videoregistrazioni "ambientali" tra gli artt.14e15 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2002, 1062ss

²¹⁶ Cfr. M CARTABIA, A CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, 4484

sottoposto ad interferenze arbitrarie nella vita privata (*ex art.12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, art.8 della Cedu e art.7 della Carta di Nizza.*).

La citata sentenza - più che per la decisione del caso di specie - rileva (ai fini della presente ricerca) per due ulteriori profili.

In primo luogo, come sostenuto dalla dottrina²¹⁷, tale decisione costituisce un'ulteriore prova dell'esigenza (avvertita dalla Corte costituzionale) di offrire all'individuo – al fine di garantire un'adeguata protezione dei diritti umani - una tutela non più solo nazionale, ma “multilivello” dei diritti fondamentali. La Consulta infatti, nella sentenza n.445/2002, utilizza (per motivare la dichiarazione d'incostituzionalità) ben quattro parametri, ciascuno espressione di un livello di tutela differente : la Costituzione (e quindi il livello nazionale), la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (espressione del livello internazionale),la Cedu (il livello europeo) e, infine, la Carta di Nizza (espressione del livello comunitario).

In secondo luogo, va evidenziato come la Corte costituzionale, nella ricordata pronuncia, abbia richiamato la Carta di Nizza non soltanto quale semplice “fonte d'ispirazione” (per poter meglio interpretare il parametro costituzionale), ma come vero e proprio parametro autonomo di giudizio. In particolare, il Giudice delle leggi (nella sentenza n.445/2002) ha fatto esplicito riferimento alla Carta dei diritti fondamentali UE – oltre che per rafforzare il contenuto degli artt.2 e

²¹⁷ Cfr M. CARTABIA, *Multilevel protection of fundamental rights in Europe- standards and judicial dialogue*, in, *Atti del convegno, The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento , 2001; O CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002; Id, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra “diritto a cura di),I diritti costituzionali*, Torino, 2001

29 della Costituzione - per porre a fondamento della sua decisione il diritto *a non subire interferenze arbitrarie nella vita privata ex art.7* della Carta (sebbene, tale diritto non trovi un espresso riconoscimento costituzionale).

Del resto, la possibilità che la Carta di Nizza estenda il parametro di costituzionalità appare corroborabile, sulla base di due ordini di considerazioni.

Anzitutto, tale ipotesi parrebbe perfettamente in linea con quell'orientamento della giurisprudenza costituzionale che - accogliendo la tesi (sostenuta anche da parte della dottrina²¹⁸) che considera l'art. 2 Cost. come una *clausola aperta* - ha riconosciuto rilevanza costituzionale a situazioni soggettive giuridiche non espressamente previste dalla Costituzione, ricorrendo all'art. 2 della Carta fondamentale in combinato disposto con alcuni documenti internazionali di tutela dei diritti umani.

Al riguardo, ad esempio, il Giudice delle leggi - al fine di ribadire che il “diritto sociale all’abitazione” costituisce un diritto umano inviolabile *ex art.2 Cost* - ha fatto altresì riferimento “*al fondamentale diritto umano all’abitazione riscontrabile nell’art.25 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e nell’art.11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali*”²¹⁹. Così come la Corte²²⁰ - nell’atto di riconoscere l’invulnerabilità *ex art.2 Cost.* del diritto all’immagine - ha affermato l’esistenza del diritto fondamentale *all’immagine propria dei genitori, coniugi e dei figli*, richiamando

²¹⁸ Cfr. A BARBERA, *Sub. Art.2 Cost.*, cit.

²¹⁹ Cfr Cort.Cost, sent. 404/1988, in *Giur.cost.*, 1988, 1789ss (conforme cfr. sent. 345/1987, in *Giur.cost.*, 1987, 2652 ss

²²⁰ Cfr Cort.Cost, sent. 38/1973, in *Giur.cost.*, 1973, 354ss

espressamente gli artt.8e10 della Cedu. Ed ancora, nella ben nota sentenza n.388/1999²²¹, la Consulta (facendo particolare riferimento ai diritti della Cedu) ha precisato che : “ *Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme patrizie che non si collocano di per sé stesse a livello costituzionale (...), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (...), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da Convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione(...) non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art.2 della Costituzione, (...) ma anche perchè, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione* ”.

Inoltre oggi – sulla base dell'impostazione teorica prospettata dalla famosa sentenza *Granital* n.170/1984 – è ragionevole ritenere che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (divenendo, con il Trattato di Lisbona, diritto comunitario vigente) integri il parametro di costituzionalità in due casi: a)ove si verifichi un conflitto tra una legge nazionale ed una norma della Carta “priva di diretta applicabilità”; b) laddove la violazione di una norma della Carta di Nizza venga in rilievo nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via principale²²². In queste due ipotesi, dunque, la Carta dei diritti UE diviene un parametro “interposto”, la cui violazione, da parte di una

²²¹ Cfr Cort.Cost, sent. 388/1999, in *Giur.cost.*, 1999, 2991ss.

²²² Al riguardo, cfr. Cort.cost. sent. n.406/2005 (con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge regionale, utilizzando una direttiva comunitaria come norma interposta atta ad integrare il parametro di costituzionalità ex art.117,co.1 Cost.). In senso conforme, cfr. altresì Cort.cost. n.129/2006.

legge, determina l'incostituizionalità di quest'ultima per violazione indiretta degli artt.11 e 117,co.1 Cost²²³..

Un'ulteriore riflessione.

Nonostante l'evidente incidenza prodotta dalla Carta di Nizza (fin dalla sua proclamazione) nei confronti degli organi comunitari e delle istituzioni nazionali, va comunque rilevato - come sostenuto da parte della dottrina²²⁴ - che tale incidenza non “*perfora il diritto interno degli Stati europei (...) ma assume un carattere complementare*”. In altri termini, il regime di tutela garantito dalla Carta non mira a sostituire la protezione dei diritti fondamentali offerta dai sistemi dei singoli Stati membri ma, semmai, intende incrementare i regimi di libertà, diritti e valori affermati nelle singole tradizioni costituzionali nazionali.

Chiara dimostrazione di quanto appena affermato ci proviene dall'art.51 della Carta di Nizza, laddove afferma che “ *Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione (...) esclusivamente nell'attuazione del diritto*

²²³ È interessante notare come – nell'ipotesi di conflitto tra una legge nazionale ed una norma della Carta di Nizza priva di effetto diretto, o nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via principale – la “tecnica” per garantire la prevalenza della Carta di Nizza (sul diritto interno) coincida con quella prospettata, dalla Corte costituzionale, nel caso di contrasto tra diritto interno e CEDU. Nelle famose pronunce nn. 348 e 349 del 2007 (riguardanti l'espropriazione indiretta e le modalità di calcolo dell'indennità di esproprio), infatti, il Giudice delle leggi ha precisato che i Trattati internazionali ratificati dall'Italia (come la CEDU) costituiscono, sulla base dell'art.117, co.1 Cost., parametri interposti. Sicchè - nel caso di antinomia (insuperabile) tra una norma interna ed una disposizione della CEDU – la legge interna difforme va dichiarata incostituzionale per violazione indiretta del primo comma dell'art.117 Cost. Per un' interpretazione “moderata”(offerta dalla dottrina) sull'art.117 Cost., cfr. A BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*,cit.120-121. Tale interpretazione moderata parrebbe, per certi versi, essere stata accolta anche dall'art.1,comma1,della legge n.131 del 2003 (c.d.legge La Loggia).

²²⁴ Cfr. P.BILANCIA,*Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*,cit.148

dell'Unione". Infatti, secondo la dottrina in esame, l'art.51 - nel precisare l'ambito di applicazione della Carta - stabilisce implicitamente (*a contrario*) i limiti di esercizio del potere degli organi comunitari volti a garantire la tutela dei diritti in essa sanciti (e cioè, in primo luogo, la Corte di giustizia).

Ai rilievi sin qui articolati, vanno aggiunte alcune ulteriori considerazioni.

In primo luogo, è ragionevole ritenere - come precisato da certa dottrina²²⁵- che la Carta dei diritti abbia dato vita ad un sistema di tutela che ha come proprio baricentro non il *legislatore* ma il *giudice*. In quanto, la misura di tutela riconosciuta ai diritti della Carta di Nizza non viene predeterminata dalla legge, ma viene stabilita, di volta in volta, dall'attività giurisdizionale.

È in tal senso che va letto l'art.52 della Carta dei diritti (volto a disciplinare la *portata dei diritti garantiti*)che - nel consentire alla legge l'introduzione di limitazioni ai diritti della Carta - fissa delle condizioni che permettano di verificare la legittimità della compressione (del diritto) imposta dal legislatore. Nello specifico, ai sensi dell'art.52, si richiede che tali limitazioni siano necessarie a perseguire "*finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione europea*", ovvero siano necessarie "*per proteggere i diritti e le libertà altrui*", e, inoltre, devono essere rispettose del *contenuto essenziale* del diritto sottoposto a tali restrizioni e del principio di *proporzionalità* . Pertanto, appare evidente come la Carta di Nizza - subordinando la compressione normativa del diritto a criteri quali la

²²⁵ Cfr.A PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?* *Appunti preliminari* ,in *Giur. cost.*, 2001,193ss.

“necessità”, le finalità d’“interesse generale”, la “proporzionalità”- attribuisca di fatto alla Corte di giustizia (e non al legislatore) la possibilità effettiva di stabilire quali limitazioni del diritto fondamentale si possano (o non si possano) disporre.

Sulla base di tali considerazioni, dunque, autorevole dottrina²²⁶ ha evidenziato come il vero elemento di differenza tra il modello nazionale di protezione dei diritti fondamentali e quello comunitario (costituito, altresì, dal sistema di tutela introdotto dalla Carta di Nizza) consista nel fatto che, per quest’ultimo, è il giudice (e non il legislatore) a stabilire la misura di garanzia dei diritti umani. Infatti, la Corte di giustizia - stante l’assenza di una disposizione della Carta che indichi, tassativamente, le limitazioni ammissibili dei diritti previsti (in funzione di limite ai poteri pubblici e, in primo luogo, al legislatore) – è legittimata ad attuare - al fine di stabilire quale sia il contenuto essenziale del diritto (non suscettibile di alcuna compressione normativa) - un “*bilanciamento libero*” (cioè, non svolto sulla base di criteri oggettivi espressamente indicati da una fonte normativa). Al contrario, invece, la Corte costituzionale - anche qualora sia chiamata a bilanciare più interessi costituzionali contrastanti - deve attenersi ad un “*bilanciamento vincolato*”²²⁷ (cioè, ad una tecnica di bilanciamento che trova un rigido ancoraggio in

²²⁶ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, cit., 947

²²⁷ Sulle critiche della dottrina nei confronti dell’attività di bilanciamento della Corte costituzionale basata su valori desunti in via interpretativa Cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi tra positivizzazione e “sovrapposizione”*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35ss

quelle disposizioni della Costituzione che sanciscono, espressamente, quali siano i limiti ammissibili per il diritto)²²⁸.

Un altro aspetto interessante da esaminare riguarda l'analisi della Carta dei diritti (e degli effetti, quindi, che essa produrrà sul sistema comunitario di tutela dei diritti fondamentali) alla luce di due parametri: la *sussidiarietà* e l'*inviolabilità*.

Per quanto attiene al primo profilo, si ricorda come l'art.51 della Carta di Nizza - nello stabilire il suo ambito di applicazione - precisa che “*le disposizioni della presente Carta si applicano (...) nel rispetto del principio di sussidiarietà*”. Pertanto, oggi - come sostenuto da parte della dottrina²²⁹ - sembrano esserci tutti i presupposti affinché la Carta dei diritti fondamentali dia vita ad un vero e proprio “*sistema[di tutela] di cerchi concentrici*”. Un sistema, cioè, di protezione dei diritti umani affidato, di volta in volta, al livello istituzionale più adeguato a garantire il rispetto del diritto fondamentale; in cui, ovviamente, “*l'adeguatezza*” (del livello di tutela) va valutata sulla base del criterio del “miglior risultato possibile” e verificata regolarmente da sistemi di controllo politici²³⁰ e giurisdizionali.

Per quanto attiene al profilo dell' *inviolabilità*, rileva notare come la Carta dei diritti fondamentali non riconosca, al suo interno, situazioni soggettive giuridiche *inviolabili*. Una dimostrazione di ciò è rinvenibile nell'art.52 della Carta; laddove si ammette che i diritti (in

²²⁸ *Ibidem*

²²⁹ Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie*, cit.150

²³⁰ Un esempio di sistema di controllo politico potrebbe essere, ad esempio, la procedura di *early warning*. Tale procedura (che il Gruppo di lavoro sussidiarietà della Convenzione europea ha proposto d'inserire nel Trattato costituzionale) prevederebbe un ruolo attivo dei Parlamenti nazionali al fine di verificare il rispetto del principio di sussidiarietà in materia di diritti fondamentali.

essa sanciti) possano subire delle limitazioni normative (purché il legislatore rispetti alcune condizioni, quali : l'intangibilità del contenuto essenziale del diritto, il perseguimento di finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione, l'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui). Pertanto - considerando l' "inviolabilità" come quella particolare forma di protezione che l'ordinamento riconosce a date situazioni soggettive, al fine di sottrarle da ogni ingerenza dei pubblici poteri – è evidente che la norma in commento - legittimando il legislatore a disporre (in casi particolari) la compressione del diritto - esclude che i diritti della Carta siano qualificabili quali diritti inviolabili.

Parte della dottrina²³¹ - proprio in relazione al mancato riconoscimento, da parte della Carta, di diritti inviolabili - ha paventato il rischio che, con l'entrata in vigore della Carta di Nizza, si potrebbe determinare un abbassamento del livello tutela dei diritti fondamentali. Tale osservazione si fonderebbe su tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, la circostanza per cui la Carta dei diritti non preveda situazioni soggettive giuridiche inviolabili rappresenterebbe un "passo indietro" rispetto ai sistemi di tutela nazionali. Si pensi, ad esempio, alla Costituzione italiana che – ai sensi dell'art.2 Cost. - riconosce, espressamente, il carattere dell'inviolabilità a tutti i diritti della persona.

In secondo luogo, la scelta (degli estensori della Carta) di legittimare eventuali limitazioni normative dei diritti, in nome delle "finalità

²³¹ Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie*, cit. 150-151

d'interesse generale”, costituisce un’ opzione assolutamente criticabile. Infatti - consentendo che i diritti fondamentali della Carta possano essere limitati per ragioni d’*interesse generale* – si subordina, inevitabilmente, la tutela dei diritti alle decisioni politiche di una maggioranza; e ciò, conseguentemente, renderebbe troppo fragile il sistema di protezione delle situazioni soggettive giuridiche in commento.

In terzo luogo - legittimando eventuali compressioni dei diritti fondamentali (da parte del potere legislativo) – si corre il rischio di produrre delle conseguenze “assai pregiudizievoli” per l’individuo; specie, se si considera che il sistema comunitario non offre, al privato, un’adeguata protezione giurisdizionale dei diritti umani. Come precedentemente detto, infatti, il cittadino europeo potrà adire la Corte di giustizia non per il semplice fatto che si sia verificata una violazione del diritto fondamentale, ma solo se l’atto - adottato in violazione del diritto- abbia leso un suo interesse diretto²³².

Viè un altro importante profilo da evidenziare. La Carta di Nizza costituisce, oggi, uno strumento idoneo per creare una sinergia, in materia di diritti fondamentali, non solo sul piano giurisdizionale ma anche, e soprattutto, tra i soggetti regolatori.

Tale Carta infatti – lungi dal rappresentare un mero catalogo di diritti volto, esclusivamente, a limitare in negativo l’attività dei pubblici poteri - va considerata, altresì, come uno strumento d’incentivazione

²³² In riferimento a quella parte della dottrina che propone l’introduzione di un ricorso diretto alla Corte di giustizia cfr. A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.; V T FREIXES SANJUAN, *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garancia de los derechos fundamentales*, cit.

dei legislatori nazionali e comunitari, per indurli - in considerazione del fatto che nessun diritto fondamentale è “*self-executing*”²³³ - a predisporre (normativamente) i mezzi necessari per rendere effettive le situazioni soggettive giuridiche (in essa contemplate). Conseguentemente, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione pone le basi non solo per consentire una tutela giurisdizionale *ex post* dei diritti fondamentali (che - potendo essere esperita soltanto quando la violazione si è già consumata - risulta, spesso, non pienamente soddisfattiva per l’individuo ricorrente); ma, soprattutto, per realizzare una tutela *ex ante*, attraverso la collaborazione dei soggetti regolatori di tutti i livelli istituzionali(è in questo senso, infatti, che si può parlare di *Governance multilevel*²³⁴).

È importante sottolineare che quando si parla dei “soggetti regolatori di tutti i livelli”, si fa riferimento non solo alle istituzioni comunitarie, ai Parlamenti nazionali, ai soggetti regolatori sub-statali(quali, ad esempio, le Regioni); ma s’intende, anche (e soprattutto), la *società civile*. È a tal proposito, infatti, che si è rilevato come, oggi, “*gli Stati, compresi i livelli subnazionali di governo, ed i loro cittadini non sono più destinatari soltanto del loro diritto interno, ma sempre più di “un reticolo normativo planetario fittissimo” che in parte ha carattere pubblico (trattati, convenzioni internazionali) ma in parte ha origine “privata” (forme di autoregolamentazione, contratti)*”²³⁵. In altri termini, la *società civile* acquista, oggi, un ruolo determinante nella tutela dei diritti fondamentali, in quanto - come evidenziato da

²³³ L’espressione è di Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie*, cit.143

²³⁴ Sul concetto di *Governance-multilevel* Cfr.C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, cit.

²³⁵ Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie*, cit,153, *ad finem*

autorevole dottrina²³⁶ - si costituisce di un articolato pluralismo di reti e associazioni che si affiancano o si contrappongono allo Stato e che, attraverso i propri corpi intermedi (quali, ad esempio, le organizzazioni, le associazioni etc...), hanno la forza di far valere la tutela dei diritti fondamentali nei confronti dei grandi poteri economici privati.

Da ultimo, rimane da domandarsi quali sarebbero stati gli effetti, (nell'ambito del sistema comunitario di tutela dei diritti fondamentali) nel caso in cui la Carta di Nizza non avesse acquistato forza giuridica cogente; così come, oggi, occorre interrogarsi sulle conseguenze derivanti dal fatto che la Carta dei diritti (in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) costituisce diritto comunitario vigente.

Nell'ipotesi in cui la Carta di Nizza non fosse mai entrata in vigore, si sarebbe verificato un consolidamento del previgente sistema di protezione comunitario. Ciò significa che la tutela dei diritti fondamentali, a livello europeo, sarebbe stata caratterizzata dai seguenti elementi.

In primo luogo, si sarebbe radicata (in ambito comunitario) una concezione dei diritti, prevalentemente, intesi come diritti di libertà (e quindi, limiti negativi di non ingerenza nei confronti delle istituzioni pubbliche); e, solo marginalmente, sarebbero state prese in considerazione le situazioni soggettive giuridiche qualificabili come

²³⁶ Cfr. R. DAHRENDORF, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Bari, Laterza, 2003, 34ss. In particolare l'A. parla di società di cittadini che non vengono condizionate dal potere, dal profitto, dall'interesse e che, pertanto, diventano strumenti indispensabili per contrastare i segnali dell'anomia legati agli effetti della modernizzazione e della globalizzazione

diritti sociali (che implicano un obbligo positivo, in capo ai pubblici poteri, di darne attuazione).

In secondo luogo, il sistema comunitario si sarebbe caratterizzato per il ruolo centrale e preminente (quasi “esclusivo”) del giudice in materia di tutela dei diritti della persona. In altre parole, si sarebbe ulteriormente rafforzato il ruolo del giudice comunitario volto non soltanto a sanzionare la violazione del diritto ma, principalmente, ad individuare quali situazioni soggettive giuridiche sono degne di protezione comunitaria.

In terzo luogo, il sistema di tutela dell’Unione - essendo volto(prevalentemente) alla garanzia dei diritti di libertà - si sarebbe ispirato ad un principio di uguaglianza *formale* (legata, appunto, ai diritti di libertà) e non *sostanziale* (legata, invece, alla tutela dei diritti sociali).

Oggi, invece, la Carta dei diritti fondamentali UE – essendo divenuta diritto comunitario vigente – pone le basi per un vero e proprio mutamento radicale del sistema di tutela comunitario dei diritti della persona. Mutamento che – come evidenziato da parte della dottrina²³⁷ - può essere sintetizzato in tre passaggi fondamentali.

Anzitutto, è ragionevole ritenere che si verificherà una notevole compressione del potere, della Corte di giustizia, d’individuare i diritti fondamentali da tutelare. In quanto- nel momento in cui la Carta dei diritti acquista forza giuridica cogente – si segna il passaggio da un sistema di tutela comunitario libero da un preciso quadro normativo di

²³⁷ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, cit.948

riferimento, ad un sistema di protezione saldamente ancorato ad un catalogo di diritti (contenuto nei trattati) che, pertanto, riduce, per il giudice comunitario, la possibilità d'individuare, *iure pretorio*, ulteriori situazioni soggettive giuridiche fondamentali.

In secondo luogo, si completerà quel processo - già iniziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - volto a garantire, a livello comunitario, una tutela dei diritti fondamentali, indipendentemente dalla natura economica (o meno) della situazione soggettiva giuridica.

In terzo luogo, si verificherà (verosimilmente) un' assoluta valorizzazione (in materia di diritti fondamentali) del ruolo della legge comunitaria, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, la legge comunitaria diventerà la fonte primaria di disciplina dei diritti umani dei cittadini europei.

Inoltre - considerando che la Carta di Nizza non si occupa soltanto di diritti di libertà ma anche, e soprattutto, di diritti economici e sociali – il legislatore comunitario (oltre all'astenersi dal porre ingerenze all'esercizio di alcune libertà fondamentali) avrà il compito di emanare gli adeguati atti normativi, necessari a dare attuazione ai diritti sociali riconosciuti dalla Carta.

Un'ultima considerazione.

La Carta di Nizza (divenendo diritto comunitario vigente) costituisce oggi- come sostenuto da autorevole dottrina - “un *tentativo di soluzione* [definitiva] *dell' asimmetria*”²³⁸, tra istituzioni ed organi giurisdizionali, che ha (da sempre) caratterizzato il sistema comunitario di protezione dei diritti fondamentali. In altre parole,

²³⁸ Cfr. C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, cit.

secondo tale orientamento, la tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario, sino alla Carta di Nizza, si è connotata per un sostanziale squilibrio tra Corte di giustizia e istituzioni comunitarie a favore del giudice comunitario. Infatti, è sempre stata la Corte di giustizia - sebbene il Trattato di Maastricht avesse riconosciuto la cittadinanza europea ed avesse fatto riferimento ai principi sanciti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla Cedu -. ad individuare quali fossero i diritti degni di ricevere protezione comunitaria .Ebbene, con l'entrata in vigore della Carta, si è verificato un processo di sostanziale riequilibrio (a favore delle istituzioni) del sistema comunitario di tutela in materia di diritti fondamentali. Ciò è corroborabile, sulla base di quattro considerazioni.

In primo luogo, va evidenziata l'importante funzione di "limite" che la Carta dei diritti esercita nei confronti del potere creativo della Corte di giustizia in materia di diritti della persona. In particolare, un catalogo cogente di diritti (quale è, appunto, la Carta) - che stabilisca, *a priori*, quali situazioni soggettive giuridiche devono essere protette – limita inevitabilmente la libertà del giudice comunitario di riconoscere, in via giurisprudenziale, nuovi diritti fondamentali da tutelare. Libertà che, in passato, la Corte di giustizia ha molto esercitato, richiamando (per legittimare tale potere creativo) le *tradizioni costituzionali comuni* (intese, spesso, come un parametro aperto che il giudice comunitario poteva, a suo piacimento, riempire di contenuto)²³⁹

In secondo luogo, la Carta di Nizza garantisce che l'attività interpretativa del giudice comunitario, in materia di diritti

²³⁹ *Ibidem*. In tal senso si noti come l'A. consideri le tradizioni costituzionali comuni come delle "praterie" in cui la "la Corte di giustizia ha potuto vagare indisturbata".

fondamentali, non vada ad intaccare i principi fondanti degli ordinamenti nazionali. In altre parole, la Carta dei diritti esorcizza il timore - paventato dalle Corti Costituzionali nazionali (che, proprio per tale ragione, sono state spinte ad arroccarsi nella teoria dei controlimiti) - che il diritto comunitario, anche relativo ai diritti fondamentali, possa (in forza del principio del suo *primato* sul diritto interno) incidere negativamente sui principi supremi dell'ordinamento costituzionale. E' in tale ottica, infatti, che va letto l'art.53 della Carta (rubricato *Livello di protezione*) laddove prevede espressamente che “*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo o delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell' Unione(...) e dalle costituzioni degli Stati membri*”.

In terzo luogo - come evidenziato da parte della dottrina²⁴⁰ - la Carta di Nizza (essendo divenuta giuridicamente vincolante) rende il rispetto dei diritti umani, a tutti gli effetti, parametro di validità degli atti dell'Unione. In tal senso, l' art.51 della Carta prevede che “*le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione (...)esclusivamente nell'attuazione del diritto dell' Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze*”.

Da ultimo, va rilevato come la Carta di Nizza abbia determinato, altresì, un'innalzamento notevole del livello di tutela dell'individuo da

²⁴⁰ Cfr.A. von BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione europea?I diritti fondamentali e la natura dell' Unione Europea*, cit.898.

un punto di vista *strettamente processuale*. Al riguardo, si ricorda che nel diritto comunitario non vige il “principio *iura novit curia*”; pertanto, spetta al ricorrente dimostrare l’esistenza del diritto fondamentale dedotto e l’eventuale violazione. Sicchè di fatto - prima della Carta di Nizza - la possibilità di ottenere tutela giurisdizionale (a livello comunitario) del proprio diritto leso, in alcune circostanze, era quanto mai difficile (per non dire impossibile). Infatti, il ricorrente - nelle ipotesi in cui avesse lamentato la lesione di una situazione soggettiva giuridica non ancora affermata dalla Corte di giustizia - avrebbe dovuto provare, innanzi al giudice comunitario, l’ esistenza di un diritto che la stessa giurisprudenza comunitaria non aveva ancora riconosciuto (facile intuire le difficoltà probatorie al riguardo!).

Viceversa, oggi, l’esistenza di un dettagliato catalogo comunitario di diritti fondamentali (quale la Carta di Nizza) consente all’individuo - per la prima volta nella storia dell’ordinamento dell’Unione - di provare l’esistenza del proprio diritto leso, indipendentemente dai precedenti giurisprudenziali del giudice comunitario.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, parrebbe chela Carta di Nizza abbia, definitivamente, risolto – in materia di diritti fondamenatli - il problema dell’*asimmetria* tra istituzioni comunitarie ed organi giurisdizionali. Ma non è così.

Infatti, non è un caso che la Carta di Nizza - sebbene sia stata invocata dalle Corti Costituzionali nazionali e dal Tribunale di prima istanza - non è stata, ancora, presa in considerazione, in modo significativo, da nessuna sentenza della Corte di giustizia. Ciò evidentemente è un chiaro indice del fatto che “ (il processo) *di riequilibrio* (della Corte

di giustizia) con i circuiti di deliberazione politica si è tutt'altro che assestato. E consente, più in generale, di toccare con mano le difficoltà di ricomporre rapporti fra livelli di governo e di tutela giurisdizionale dei diritti che si sono articolati al di fuori degli ambiti nazionali(...)''²⁴¹.

²⁴¹ Cfr. C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, cit.

CAPITOLO III

LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

1. *TERMINI DEL PROBLEMA*- 2. *IL RUOLO DETERMINANTE DELLA CORTE DI STRASBURGO IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ED IL SUO RAPPORTO CON LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA*- 3. *SINERGIE E CONFLITTUALITÀ TRA CORTE DI GIUSTIZIA E CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI*- 4. *IL COMPLESSO RAPPORTO TRA LA CORTE DI STRASBURGO E LA CORTE DI LUSSEMBURGO*

1. *TERMINI DEL PROBLEMA*

Il fenomeno del riconoscimento da parte degli Stati occidentali di una serie di situazioni soggettive giuridiche (strettamente legate alla natura degli uomini) considerate, per l'importanza dei valori ad esse sottese, come fondamentali inizia a svilupparsi fin dal XVIII secolo. A conferma di quanto appena detto, si pensi che la prima dichiarazione che afferma espressamente la fundamentalità di alcuni diritti dell'individuo è proprio la *Déclaration des droit de l'homme et du citoyen* proclamata nel 1789.

Tuttavia, anche se formalmente gli Stati occidentali avevano fin dalla fine del settecento accettato l'esistenza di una serie di diritti ai quali riconoscere forme di tutela prioritaria, non si potrà parlare di un effettiva tutela.(intesa come protezione di tali situazioni soggettive

giuridiche da qualunque ingerenza dei poteri pubblici o privati) e di un effettivo riconoscimento (inteso come collocazione di un nocciolo duro valori al di sopra della disponibilità dello stesso potere legislativo) dei diritti fondamentali fino all' inizio del XX secolo. Infatti, come evidenziato da autorevole dottrina²⁴², la Dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino, nel sancire la rilevanza giuridica di alcuni diritti *naturali*²⁴³ dell'individuo, ne subordina l' esercizio ai modi ed ai limiti stabiliti dalla *legge*. Pertanto, tale Dichiarazione, precisando che i diritti della persona devono essere modulati attraverso la legge , pone la legge formale ordinaria a misura dei diritti fondamentali stessi, attribuendo, conseguentemente, alla disponibilità del potere legislativo la possibilità di sancire i limiti ed i controlimiti di tali diritti o, addirittura, di incidere sul loro contenuto essenziale. In altri termini, la *Déclaration des droit de l' homme et du citoyen* ha affermato una vera e propria supremazia del legislatore sui diritti della persona (corollario inevitabile, peraltro, dell' esaltazione, tipica della fine del settecento, del sistema rappresentativo), facendo venir meno, conseguentemente, l' essenza stessa dei diritti fondamentali (cioè la loro funzione di garanzia finalizzata a rendere date situazioni soggettive giuridiche indisponibili da parte dello Stato) e subordinando l' effettività delle dichiarazioni sui diritti della persona (considerate, pertanto, non più che mere dichiarazioni politiche) alla volontà della maggioranza dei rappresentanti.

²⁴² Cfr. G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. BONGIOVANNI, Bari, Laterza, 2002.

²⁴³ Sull'incidenza che il giusnaturalismo ed il positivismo a ha determinato sulla concezione dei diritti cfr.(tra gli altri) G. LOMBARDI, *Fondamento dei diritti e forme sopranazionali di tutela*, in *Ripensare lo Stato*, a cura di S. LABRIOLA, Milano, Giuffrè, 2003, 355 ss.

Solamente a partire dal XX secolo comincerà ad affermarsi la tendenza, da parte degli ordinamenti giuridici continentali, ad accettare l' esistenza di un nocciolo duro di valori e di diritti che costituisca il presupposto stesso dell'ordinamento costituzionale e, pertanto, che non possa essere oggetto di alcuna ingerenza da parte del potere legislativo. Ciò si realizza nel momento in cui le Costituzioni rigide del novecento (si fa riferimento, ad esempio alla Costituzione di Weimer, o alla Costituzione italiana del 1948, o al *Grundgesetz*) cominciano a sancire una serie di diritti fondamentali ponendoli, espressamente, come limite e misura del legislatore. Nello specifico, le costituzioni continentali del XX secolo hanno esplicitamente riconosciuto i diritti fondamentali quali limite dell'attività dello Stato, prevedendo per essi una indisponibilità assoluta, da parte dei poteri pubblici, del loro contenuto essenziale.

Il riconoscimento “costituzional-nazionale” dei diritti fondamentali, posto in essere ad opera delle Costituzioni rigide del novecento, ha rappresentato la prima tappa di quel processo di affermazione dei diritti della persona che ha, ben presto, oltrepassato i limiti dei singoli ordinamenti nazionali. Infatti, come sostenuto da autorevole dottrina²⁴⁴, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso si è assistito ad un fenomeno di espansione inarrestabile dei diritti fondamentali a livello *transnazionale* ed *internazionale*. In particolare, secondo tale orientamento, a partire dalla fine del novecento si è cominciato ad interpretare i diritti della persona sciogliendoli da presupposti di natura politica o culturale (come, invece, imporrebbe una concezione

²⁴⁴ Cfr M. R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 78

nazionale ed autoreferenziale dei diritti fondamentali) e considerandoli come manifestazione di un patrimonio giuridico costituito da valori condivisi dall'intero genere umano (senza distinzione di razza o di nazione).

Tale riconoscimento sovranazionale ed internazionale dei diritti in commento ha determinato due corollari degni di nota.

In primo luogo, l' affermazione dei diritti fondamentali in ordinamenti diversi e posti a ad un livello superiore rispetto a quello statale ha contribuito a collocare i dritti della persona, come ribadito da autorevole dottrina²⁴⁵, in *“una sfera più rarefatta e neutralizzata”*; in altre parole, i diritti fondamentali hanno perso quella connotazione storica e culturale che ha profondamente segnato e differenziato l' evoluzione dei singoli ordinamenti nazionali, assurgendo, in tal modo, a strumento attraverso cui garantire la tutela di situazioni soggettive giuridiche non tutelabili adeguatamente a livello statale.

A conferma di ciò sembra opportuno evidenziare come il succitato orientamento dottrinale abbia, in particolare, rilevato il ruolo determinante che l' ordinamento comunitario ha svolto a protezione *“di soggetti sociali, di diversità, di minoranze, che, a livello statale, può per ragioni storiche e culturali, risultare sacrificata e che (la dimensione sovranazionale) può aprire spazi proprio alle forme nascenti di espressione del pluralismo, alle minoranze non strutturate, a quelle che non hanno acquistato una collocazione all'interno del pluralismo istituzionale e del sistema delle autonomie territoriali”*²⁴⁶.

²⁴⁵ Cfr. P.RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “costituzione europea”*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2000, 29

²⁴⁶ *Ibidem*

Altro importantissimo corollario dell'espansione sovranazionale dei diritti fondamentali è stata la sempre maggiore influenza che le Dichiarazioni internazionali ed i Trattati in materia hanno cominciato a generare nei confronti delle stesse Costituzioni nazionali.

Si pensi, ad esempio alla Costituzione spagnola del 1978. Quest'ultima, infatti, nel prevedere *ex art.10 co.2* che “ *las normas relativas a Derechos Fundamentales y Libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*” mira, come sostenuto da autorevole dottrina²⁴⁷, ad integrare nell'ordinamento giuridico spagnolo i più evoluti strumenti internazionali di protezione dei diritti umani accettando, altresì, di utilizzarli come parametro per interpretare i diritti costituzionalmente da essa sanciti.

Si pensi, ancora, al travagliato *iter* che ha portato alla revisione ed alla attuale formulazione dell'art. 111 della Costituzione italiana²⁴⁸. A tale riforma costituzionale si è, infatti, giunti anche sulla spinta delle sempre più numerose condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo per le violazioni commesse dallo Stato italiano in relazione all'art.6 della Cedu (che sancisce il diritto a un *equo processo*); e non è un caso, a dimostrazione di quanto appena detto, che il nuovo testo dell'art.111 Cost. abbia quasi ricopiato il dettato dell'art. 6 Cedu, introducendo nel

²⁴⁷ Cfr .V. GARRIDO MAYOL, *Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en los ámbitos europeo, estatal y regional*, in PENSABENE LIONTI S. (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell' integrazione comunitaria*, Torino, 2008., 67ess.

²⁴⁸ Come è noto la riforma dell' articolo 111 della Costituzione Italiana è stata realizzata in forza della l. cost. 23 novembre 1999, n.2

testo della Costituzione, ad esempio, espressioni del tipo: “*giusto processo*” o “*durata ragionevole*”.

Un fenomeno di riconoscimento così generalizzato dei diritti fondamentali non poteva non essere accompagnato da una parallela evoluzione dei sistemi di tutela a livello nazionale, sovranazionale ed internazionale. E ciò perché, come autorevolmente sostenuto²⁴⁹, nessun diritto fondamentale, per quanto espressamente recepito a livello costituzionale o da parte delle Dichiarazioni e dai Trattati internazionali in materia, può essere considerato “*self-executing*”. In altre parole, ogni diritto, secondo tale orientamento, per essere effettivo necessita sempre di *procedure* che ne diano attuazione; cioè, richiede a monte una serie di decisioni politiche che realizzino quelle infrastrutture *politiche* e *giurisdizionali* necessarie per dargli determinatezza e sostanza.

Se si accoglie tale impostazione teorica, bisogna prendere atto che una tutela effettiva dei diritti fondamentali richiede imprescindibilmente sinergie e collaborazioni tra i vari ordinamenti (nazionale, comunitario, internazionale) non solo sul piano *giurisdizionale* (auspicando, ad esempio, ad una produttiva interazione tra la giurisprudenza delle Corti Costituzionali, della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo), ma anche sul piano dei *soggetti regolatori*. D'altronde, come sostenuto da un autorevole orientamento

²⁴⁹ Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 142-143; A.PINTORE, *I diritti della democrazia*, Bari, Laterza, 2003, 104; J WALDRON, *A right-based Critique of Constitutional rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, 18ss.; J L HYLAND, *Democratic Theory. The Philosophical Foundations*, Manchester University Press, 1995, 141 ss

dottrinale²⁵⁰, “ai fini di una valutazione del livello di democrazia di un ordinamento non è sufficiente che in esso sia esplicito il riconoscimento dei diritti di libertà e, soprattutto, dei diritti patrimoniali e sociali, ma va considerato, soprattutto, il grado di effettività delle prestazioni ad essi connesse ovvero la garanzia effettiva (disposta dal legislatore) di alcune condizioni minime che ne consentano la sussistenza”.

Ebbene, è stata proprio tale evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali a generare quel fenomeno di massima integrazione comunitaria ed internazionale che autorevole dottrina ha definito come “*multilevel protection*”²⁵¹

Per *tutela multilivello* dei diritti fondamentali si può intendere un sistema di protezione dei diritti *integrato*; cioè, un sistema di tutela che si sviluppa parallelamente a livello internazionale (basandosi sul dettato della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁵²), a livello comunitario²⁵³ ed a livello nazionale (

²⁵⁰ Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie*, cit. 152

²⁵¹ Cfr M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in europe: the european pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, 2003, Trento

²⁵² Come è noto la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali, elaborata nell’ ambito del Consiglio d’Europa, è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore nel settembre del 1953. Attualmente gli stati firmatari sono 45. Nel corso dei decenni al testo della Convenzione si sono andati aggiungendo dodici Protocolli la cui adesione da parte degli Stati firmatari della Convenzione è facoltativa. La CEDU oltre ad affermare un catalogo di diritti civili e politici, appronta anche un meccanismo di tutela delle libertà proclamate attraverso l’ azione della Corte europea dei diritti, recentemente riformata dal Protocollo n.11, entrato in vigore il 1 novembre 1998 e dal protocollo n.14, aperto alle firme degli stati il 12 maggio 2004. La Corte ha sede a Strasburgo ed è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti. I giudici rimangono in carica sei anni. Ogni Stato contraente ed ogni persona (o gruppo o organizzazione non governativa) che risieda in uno degli stati aderenti alla Cedu che si ritenga vittima di una violazione delle libertà enunciate

basandosi sul dettato del testo costituzionale e sulla giurisprudenza delle Corti Costituzionali dei singoli Stati)²⁵⁴.

Se si condivide la definizione appena esposta, si può notare come il fenomeno della tutela multilivello dei diritti fondamentali si caratterizzi per due elementi particolari.

In primo luogo, come già acutamente evidenziato²⁵⁵, la “*multilevel protection*” ha come inevitabile corollario una potenziale ingerenza e sovrapposizione reciproca dei piani di tutela. Ciò perché il concetto stesso di tutela multilivello dei diritti implica sempre da un lato, il concorso di più giudici (infatti, vi è un giudice nazionale, ed uno a Strasburgo, ed un altro a Lussemburgo) ed il concorso di più Carte (infatti, le Corte Costituzionali faranno riferimento alle Costituzioni; la Corte di giustizia farà riferimento al Tratto dell’UE e , qualora dovessero entrare in vigore, alla Carta di Nizza ed alla Costituzione europea; e la Corte di Strasburgo farà riferimento alla Cedu) ma dall’ altro, la richiesta di tutela (da parte dell’ individuo ricorrente) di unico e solo diritto.

L’altro importante elemento da sottolineare è che il fenomeno della tutela multilivello può essere considerato, come autorevolissima

nella Convenzione può presentare ricorso alla Corte. Ci si può rivolgere alla Corte solo dopo che siano stati esauriti i gradi del giudizio interno ed entro sei mesi dalla data della decisione interna definitiva(art.34). Le sentenze vengono prese a maggioranza, i giudici sono liberi di aggiungere alla decisione finale le proprie opinioni sia a sostegno della sentenza che dissenzienti. Le sentenze della Corte sono obbligatorie per gli Stati e comportano, nel caso sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, un’equa soddisfazione della parte lesa (art.41).

²⁵³ Cfr. Sul processo di riconoscimento dei diritti fondamentali nell’ ambito dell’ ordinamento comunitario v.*infra*.

²⁵⁴ Sulla definizione di *tutela multilivello* cfr E ÁLVAREZ CONDE - R TUR AUSINIA, *Los derechos en el constitucionalismo:tipologia e tutela “multinivel”*, in *Teoria y Realidad Constitucional* (in corso di pubblicazione)

²⁵⁵ Cfr.A BARBERA,*Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*,in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*,Milano,Giuffrè,2005,107

dottrina ha evidenziato, un “*judge made sistem*”²⁵⁶. Nello specifico, secondo tale orientamento, l’espressione “tutela multilivello dei diritti fondamentali” individuerrebbe un sistema di protezione sorto come frutto diretto della giurisprudenza e non delle fonti normative; in altre parole, si tratterebbe di un fenomeno creato dall’ interazione reciproca delle Corti europee, delle Corti Costituzionali e dei giudici comuni degli Stati membri, ed in cui le Costituzioni, i Trattati e le Dichiarazioni internazionali rimangono sullo sfondo. A conferma di quanto suesposto, infatti, si può riscontrare in materia di diritti fondamentali un vero e proprio ruolo attivo del giudice nella creazione del diritto; cioè, quello che si vuole in questa sede sostenere è che più di una volta la giurisprudenza delle Corti europee è stata chiamata a sopperire “*iure pretorio*” ad un *deficit* di tutela da parte delle fonti normative in relazione ad alcuni diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, al ruolo essenziale che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha svolto in assenza di norme di diritto comunitario di rango primario che si occupassero dei diritti fondamentali).

L’impatto della “*multilevel protection*” sull’ordinamento nazionale ha generato in dottrina pareri contrastanti.

Un primo autorevole orientamento dottrinale²⁵⁷, ad esempio, ha paventato il rischio che la presenza di una pluralità di giudici e di Carte in materia di diritti fondamentali possa determinare una “*delegittimazione reciproca*” degli organi giurisdizionali di controllo.

²⁵⁶ Cfr. C PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge Made-System*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1997, 1007ss

²⁵⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, in www.luiss.it/europa/zagrebelsky.rtf; DE SIERVO, *I Diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in *Diritti e costituzione nell’Unione europea*, Laterza, Bari, 2003, 258ss

Tale rischio, in particolare, si potrebbe realizzare ogni qual volta su uno stesso diritto fondamentale vengano pronunciate più sentenze contrastanti emesse da organi giurisdizionali di livelli differenti. Una dimostrazione di contrasto giurisprudenziale tra Corti di livelli differenti si è avuto, ad esempio, su un tema scottante come quello della bioetica; si pensi, infatti, alle diverse concezioni della bioetica proposte dalle varie Corti nazionali su cui è intervenuta più volte la Corte europea dei diritti²⁵⁸.

Un'altra questione oggetto di contrasti giurisprudenziali tra le Corti nazionali ed europee ha riguardato, altresì, il problema di stabilire se sia possibile imporre il divieto di portare il velo islamico nelle scuole pubbliche e negli uffici (divieto che è stato, ad esempio, imposto dalla Francia). A conferma di quanto detto, si noti come il Tribunale costituzionale tedesco²⁵⁹ abbia consentito agli insegnanti la possibilità di portare il velo in mancanza di una norma legislativa di espressa proibizione; viceversa , la Corte di Strasburgo²⁶⁰, nelle uniche due sentenze in cui è stata chiamata a pronunciarsi sul problema in esame, ha sempre assunto una posizione favorevole nei confronti del divieto di portare il velo.

In realtà, in relazione all' orientamento dottrinale appena esposto si potrebbe osservare quanto segue.

²⁵⁸ Cfr. sent. Pretty/ United Kingdom del 2002 (relativa al diritto di poter disporre della propria vita); sent. Goodwin/ United Kingdom del 2002(relativa al diritto dei transessuali); sent Frettè/Francia del 2002 (relativa al diritto di adozione degli omosessuali) ; sent Odievre /Francia del2003(relativa al diritto dell' adottato a conoscere la propria ascendenza biologica)

²⁵⁹ Sentenza del 24 settembre 2003. Al riguardo cfr. B.RANDAZZO, *L'insegnante col velo alla Corte di Karlsruhe: tra il diritto all'identità personale e la neutralità religiosa dello Stato. La parola ai legislatori dei Länder*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2001, 74 ss

²⁶⁰ Cfr. sent. 15 febbraio 2001 (dichiara l'irricevibilità del ricorso n.42393/98 vs. Svizzera); sent Karaduman vs. Turchia 3 maggio 1993

Il rischio che in materia di tutela dei diritti fondamentali si possa dar luogo ad una difformità di orientamenti giurisprudenziali, probabilmente, “prova troppo”. Tale argomentazione è, infatti, certamente inoppugnabile per quanto riguarda l’aspetto nomofilattico. Tuttavia, è ragionevole ritenere che, proprio per la rilevanza degli interessi in gioco (si tratta, infatti, della salvaguardia di posizioni soggettive *inviolabili*), potrebbe risultare utile, per così dire, il “confronto” dialettico fra diversi orientamenti, al fine di delineare, con sempre maggiore precisione, gli ambiti e le modalità per la più efficace salvaguardia dei diritti in commento.

Un’ ulteriore corrente di pensiero diffidente nei confronti del fenomeno della “*multilevel protection*” è espressa da quella parte della dottrina²⁶¹ secondo cui il riferimento alle fonti internazionali e comunitarie non aumenterebbe il livello di tutela dei diritti fondamentali, determinando, semmai, soltanto un notevole grado d’incertezza e confusione. Secondo tale orientamento, infatti, non occorre ricercare forme di tutela a livelli sovranazionali, posto che le Costituzioni nazionali sarebbero più che sufficienti a garantire i diritti fondamentali. La tesi appena esposta, secondo la dottrina in esame, sarebbe, inoltre, confermata da tutte quelle tensioni di “costituzionalismo autarchico” volte a svalutare l’ azione delle Corti internazionali; si pensi, ad esempio, alle convulsioni che travagliano attualmente le Corti del Regno Unito in relazione alla Cedu²⁶².

²⁶¹ Cfr. G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’ Unione europea nel “processo costituente europeo”*, in *Rass.dir.pubbl.europeo*.2002

²⁶² Al riguardo cfr. A. BIONDI, *La supremazia dell’ ordinamento comunitario e i martiri del sistema metrico*, in *Quaderni costituzionali*, 2003

Va, però, osservato che la tutela multilivello dei diritti così come ha generato delle perplessità ha, allo stesso modo, trovato in dottrina importanti considerazioni di sostegno e di approvazione

In primo luogo, va ricordato come per autorevole dottrina²⁶³ sia incontestabile che la “*multilevel protection*” aumenti l’efficacia del sistema di protezione dei diritti fondamentali; e la prova di ciò sarebbe data dal ruolo determinante che la giurisprudenza delle Corti europee (e soprattutto della Corte di Strasburgo) ha svolto nella tutela dei diritti fondamentali a livello nazionale. A conferma di quanto appena esposto, si pensi al contributo indispensabile che le sentenze della Corte europea dei diritti hanno fornito al fine di rendere ancora più effettivo il sistema di garanzia previsto dall’ ordinamento italiano. Nello specifico, si fa riferimento non solo alle pronunce di condanna dell’ Italia per violazione di norme processuali o per l’ inadeguata tutela della libertà personale, ma altresì a tutte quelle decisioni che hanno tutelato diritti sfuggiti alla giurisdizione della Corte costituzionale (la quale si è, spesso, mostrata impacciata nei suoi interventi a causa del fatto che, avendo competenza a giudicare solo su norme e non su diritti, è stata costretta a tutelare i diritti fondamentali forzando e manipolando lo strumento della “dichiarazione d’incostituzionalità”).

In secondo luogo, un altro punto a favore della “*multilevel protection*” è rappresentato dal fatto che, come sostenuto da autorevole orientamento dottrinale²⁶⁴, l’interazione reciproca di cataloghi di diritti e di giurisdizioni delle libertà (che è appunto l’ elemento che

²⁶³ Cfr. A BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit. 108

²⁶⁴ Cfr. A CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1999

contraddistingue la tutela multilivello) da vita ad un fenomeno “*d’internazionalizzazione e specificazione dei diritti*” affiancato da un parallelo ingresso di “nuovi diritti” nei sistemi costituzionali dei singoli Stati. In altri termini, oggi si assiste sempre più frequentemente ad un travaso nei testi costituzionali di diritti che nascono prima a livello internazionale (perché sanciti dalle Dichiarazioni internazionali o dalle sentenze delle Corti europee), e solo successivamente sono recepiti dalle Costituzioni nazionali (si pensi, ad esempio, a quelle situazioni soggettive giuridiche sorte in seguito al diffondersi delle nuove biotecnologie come: il divieto di *clonazione degli esseri umani*;il divieto di *pratiche eugenetiche* etc...).

Un’ ulteriore argomentazione a favore della tutela multilivello dei diritti è sostenuta da quell’autorevole orientamento dottrinale secondo cui il rischio, derivante dalla presenza di una pluralità di Corti, che si verifichi una *delegittimazione reciproca* dei sistemi di controllo dei diritti fondamentali può essere facilmente evitato attraverso la previsione di una serie di istituti (quali:il carattere sussidiario della normativa relativa alla Corte europea dei diritti, la condizione del “previo esaurimento dei ricorsi interni” come *condicio sine qua non* per adire la Corte di Strasburgo, la previsione di una responsabilità dello Stato solo nel caso di mancata o impossibile riparazione alla violazione del diritto) che consentano di realizzare “*una armonia fra diversi*”²⁶⁵

²⁶⁵ Cfr.V.ONIDA,*Armonia fra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*,in *Quaderni costituzionali*, 2002 ,549ss.

Da ultimo, va ricordata quella parte della dottrina²⁶⁶ che considera inevitabile che si affermi un sistema di tutela multilivello, in quanto lo ritiene diretta conseguenza di quel fenomeno che, ormai, caratterizza il processo d'integrazione comunitaria ed internazionale in materia di diritti fondamentali: la nascita di "un diritto costituzionale comune". A tal riguardo, va precisato come per "diritto costituzionale comune" s'intenda, secondo tale orientamento, quel fenomeno generato quasi in modo imprevisto e causato da un lato da una serie di fattori eterogenei come le rivendicazioni provenienti dalla società, la mobilità degli individui al di là dei confini nazionali, l'avvento di nuove tecnologie (biotecnologie, tecnologie informatiche, etc...), dall'altro come frutto di quel progetto che si riproponeva di realizzare Carte "regionali" dei diritti umani (progetto iniziato con la Dichiarazione universale dell'uomo del 1948 e continuato attraverso la Cedu del 1950, la Convenzione americana sui diritti umani del 1978, la Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo del 1981, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1986 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000). Ed è proprio in tale ottica che va considerato quell'autorevole orientamento dottrinale²⁶⁷ secondo cui la "*multilevel protection*" non può non esistere, in quanto costituisce un inevitabile corollario di quel più ampio fenomeno rappresentato dal c.d. *multilevel constitutionalism*; intendendo quest'ultimo come sinonimo di quel imponente processo di trasformazione del diritto e delle istituzioni (europee, nazionali e, persino, regionali)

²⁶⁶ Cfr. G ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1997, 417ss.

²⁶⁷ G ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e costituzioni nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, IX

caratterizzato dalla presenza di una sorta di “livelli” costituzionali a varia dimensione in cui quelli nazionali sono destinati a confluire dinamicamente nella dimensione europea attraverso una serie d’interazioni, tra le quali anche quelle afferenti al campo dei diritti.

Quanto appena esposto merita alcune ulteriori considerazioni.

Il concetto di “costituzionalismo multilivello” viene affermato per la prima volta da Pernice²⁶⁸, in relazione al dibattito che ha travagliato la dottrina tedesca²⁶⁹ sul problema (sorto subito dopo l’ entrata in vigore del Trattato di Amsterdam) di stabilire se fosse necessario o meno dotare l’Unione europea di una Costituzione. Secondo Pernice, infatti, il problema di stabilire se l’Unione necessiti di una Costituzione è del tutto irrilevante, posto che l’ ordinamento comunitario è già dotato di una Costituzione “*multilivello*”. Per Costituzione “*multilivello*”, secondo la dottrina in esame, bisogna intendere una Costituzione composta dalle Costituzioni dei singoli Stati membri unite fra loro da un collante rappresentato dai Trattati europei; tale Costituzione, pertanto, rispecchia perfettamente la struttura dell’Unione europea, intesa come sistema di poteri separati in cui ogni livello di governo rappresenta un’identità politica (regionale, nazionale, sovranazionale) dei cittadini di volta in volta interessati.

In realtà, come autorevolmente evidenziato²⁷⁰, bisogna precisare che quando si parla di *multilevel constitutionalism* si fa riferimento non ad

²⁶⁸ Cfr. I PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *CMLR*, 1999,703 ss.

²⁶⁹ Si fa riferimento al dibattito che ha visti come protagonisti Dieter Grimm e Jürgen Habermas cfr. D GRIMM, *Does Europe Need a Constitution?*; J HABERMAS, *Remaeks on Dieter Grimm’s Does Europe Need a Constitution?*, entrambi in *ELJ*,1995, 282 e 303

²⁷⁰ Cfr. C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, in PENSABENE LIONTI S. (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra*

un fenomeno già *compiuto*, ma, semmai, ad un processo *in divenire*. Pertanto, secondo tale orientamento, quando si ci rapporta al fenomeno in esame è indispensabile distinguere due fasi logiche: da un lato, verificare se sussistono *le condizioni di pensabilità* per ritenere che si possa realizzare, in linea teorica, un fenomeno di “costituzionalismo multilivello”(cioè , occorre verificare se ci siano le condizioni per considerare un ordinamento diverso dallo Stato - ad esempio, l’Unione europea- come ordinamento costituzionale); in secondo luogo, occorre trovare *conferme nell’effettività* verificando, ad esempio, se l’ l’Unione europea abbia superato lo stadio di organizzazione internazionale divenendo, di fatto, un ordinamento costituzionale a tutti gli effetti.

In relazione alla prima fase logica, si può ritenere, se si accetta l’impostazione teorica di Pernice, che oggi sussistano le *condizioni di pensabilità* per poter parlare di costituzionalismo multilivello. Nello specifico, Pernice²⁷¹, contestando la tesi di quella dottrina che riteneva inconcepibile l’ esistenza di una Costituzione al di fuori dello Stato²⁷², giunge alla conclusione che è possibile parlare di ordinamento costituzionale anche in riferimento ad un ordinamento (come è quello dell’ Unione europea) caratterizzato dalla dislocazione del potere pubblico a più livelli di organizzazione politica che non necessariamente devono presentare un completo assetto di poteri (esecutivo, legislativo, giurisdizionale), a condizione, però, che ogni

rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell’ integrazione comunitaria, Torino, 2008, 209 e ss.

²⁷¹ Cfr. I PERNICE, *Multilevel Constitutionalism*, cit., 708-709

²⁷² Si fa riferimento alle tesi sostenute da HELLER (secondo cui lo Stato è strumento di autoorganizzazione della società) e da HABERLE (secondo cui l’ autorità dello Stato deve necessariamente derivare dalla Costituzione)

livello di governo abbia una *legittimazione originaria* (cioè, tragga legittimazione dalla volontà generale del popolo destinatario dell'esercizio del potere politico).

In relazione alla seconda fase logica, invece la questione appare più controversa. In altri termini, la dottrina costituzionalista, sebbene condivida l' esistenza delle *condizioni di pensabilità* che possono -in linea teorica - far parlare di *multilevel constitutionalism*, al momento di stabilire se tale fenomeno si sia effettivamente realizzato si spacca in opinioni ottimiste e pessimiste.

Al riguardo sembra particolarmente convincente la considerazione, espressa da autorevole dottrina²⁷³, secondo cui oggi si può parlare di costituzionalismo multilivello ma solo a due condizioni. In primo luogo, è necessario tenere ben distinti i due piani della “*ricerca delle condizioni di pensabilità di un ordinamento costituzionale diverso da uno Stato*” e della “*ricerca della sua effettiva realizzazione nell' Unione europea*”²⁷⁴. In secondo luogo, proprio perché il *multilevel constitutionalism* è un processo in divenire, bisogna prendere atto che l'Unione europea ha la potenzialità per dar vita ad un sistema di “costituzionalismo multilivello”, ma a con la consapevolezza di dover abbandonare “*l'ipotesi di una Costituzione (europea) già esistente*”²⁷⁵.

Fatta questa premessa sul concetto di *multilevel constitutionalism*, sembra opportuno, adesso, analizzare quali conseguenze possono derivare dal considerare “costituzionale” un ordinamento -come, ad

²⁷³ Cfr.C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*,cit.

²⁷⁴ *Ibidem*

²⁷⁵ *Ibidem*

esempio, l'Unione europea - diverso da quello Statale (che è, appunto, l' ipotesi che si realizzerebbe qualora si ritenga che il fenomeno del “costituzionalismo multilivello” si sia pienamente affermato).

Pertanto, risulta preliminare tentare di definire cosa s'intenda per Stato costituzionale. Al riguardo, appare particolarmente convincente quella definizione, fornita da autorevole orientamento dottrinale²⁷⁶, secondo cui il concetto di Stato costituzionale individua l' esistenza di uno Stato democratico che riconosce una serie di principi fondamentali (quali, ad esempio: la *dignità*, la *libertà* e l' *uguaglianza* della persona umana; o, ancora, il principio di *legalità*; *la separazione dei poteri*) a cui attribuisce una forza ed un'importanza superiore a quella riconosciuta alla legge stessa.

Tale orientamento, evidenzia, inoltre, come l' espressione “Stato costituzionale” sia stata usata soltanto dalla dottrina dell' Europa continentale; e ciò, inoltre, risulta ancor più interessante se si pensa che anche altre democrazie hanno accettato l' esistenza di un “nocciolo duro” di principi posti al di sopra della disponibilità del legislatore e con funzione di limite nei confronti della legge stessa. Secondo la dottrina in esame, infatti, soltanto in Europa continentale il riconoscimento dello “Stato costituzionale” ha determinato un'inversione del binomio Stato-Costituzione. Nello specifico, con la affermazione di un “nocciolo duro di principi” più alto della stessa legge lo Stato si è convertito da “*depositario di fini imprescrutabili*”(cioè un soggetto capace di individuare, attraverso i suoi organi, i fini

²⁷⁶ cfr. C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*.cit.,119 ss.

ultimi della convivenza) in “*strumento*” per attuare i principi sanciti dalla Costituzione; allo stesso modo, la Costituzione non può più considerarsi “*manifestazione della volontà dello Stato*”, ma fonte che sottopone “*tutti i pubblici poteri che per lo Stato agiscono, Parlamento compreso, sotto l’ impero dei principi costituzionali*”²⁷⁷.

Se si accetta tale impostazione teorica, si comprende come la novità dello Stato costituzionale sia quella di realizzare “*una giusta distanza fra pubblico potere e cittadini*”²⁷⁸ superando, in tal modo, le deficienze dello Stato liberale e dello Stato totalitario. In primo luogo, infatti, lo Stato costituzionale, attraverso la previsione di un nucleo di principi fondamentali indisponibili da parte del potere pubblico, riesce a rovesciare la prospettiva dello Stato totalitario. (in cui è, invece, il pubblico potere ad individuare quale sia il “bene” per una collettività che, a sua volta, è trasformata da popolo a “massa di automi”).

In secondo luogo, lo Stato costituzionale supera gli schemi dello Stato liberale per due ragioni: da un lato, riconosce i diritti fondamentali in un’ottica *sostanziale-egualitaria* (cioè, in ottica diametralmente opposta ai rigidi schemi *formalistici* del sistema liberale-oligarchico); dall’altro, attribuisce il compito di garantire l’effettività dei diritti fondamentali non più al legislatore (come avveniva nello Stato liberale), ma all’interpretazione degli organi giurisdizionali.

Sulla base di questa breve analisi relativa alle caratteristiche più importanti dello Stato costituzionale, ciò che ai nostri fini più rileva è notare come lo Stato costituzionale, in materia di diritti fondamentali, sia caratterizzato da una *coincidenza di allocazione* tra situazioni

²⁷⁷ Cfr. C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, cit.

²⁷⁸ *Ibidem*

soggettive da tutelare e istituzioni politiche; nel senso che, in esso, i diritti fondamentali continuano a trovare tutela *soltanto in ambito nazionale*. Alla luce della considerazione suesposta- se si sostiene che si sia affermato un processo di *multilevel constitutionalism*, e se si ritiene, altresì, che un ordinamento diverso dallo Stato (come, ad esempio, l'Unione europea) possa considerarsi un ordinamento *costituzionale* - si dovrà cominciare a parlare (soprattutto in riferimento all' ordinamento comunitario) di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di un ordinamento costituzionale caratterizzato non più da una *coincidenza di allocazione* tra situazioni soggettive da tutelare e istituzioni politiche, ma “*da una crescente asimmetria fra sedi di tutela, soprattutto giurisdizionale, dei diritti e dislocazione dei livelli di governo*”²⁷⁹.

In riferimento a questa *asimmetria* di allocazione fra sedi di tutela dei diritti e livelli di governo, che costituisce la chiave di volta per comprendere il fenomeno della tutela multilivello dei diritti fondamentali, sembra opportuno fare due considerazioni.

In primo luogo, va evidenziato che il proliferarsi di sedi di tutela (soprattutto internazionali) dei diritti fondamentali, con Carte che individuano le fattispecie da tutelare ed organi giurisdizionali volti alla loro garanzia, non può che determinare , come sostenuto da parte della dottrina²⁸⁰, un'inevitabile elisione del rapporto (fondante lo Stato moderno) tra la *cittadinanza e l'esercizio, la tutela, e la garanzia* dei diritti.

²⁷⁹ Cfr. C. PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, cit.

²⁸⁰ Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, cit. 143

Da ultimo va precisato, come ribadito da autorevole orientamento dottrinale²⁸¹, che, sebbene la “*multilevel protection*” abbia sottratto allo Stato il *monopolio* della difesa dei diritti fondamentali, ciò non implica che lo Stato abbia perso la sua centralità nella tutela dei diritti in esame. Quanto appena esposto è ampiamente dimostrato dal carattere *sussidiario* che caratterizza i sistemi di protezione internazionale; dove, in questo ambito, la *sussidiarietà* va intesa, come sostenuto da parte della dottrina²⁸², come una “*doppia obbligazione processual-istituzionale*”. Si parla di obbligazione *processuale* perché la sussidiarietà dei sistemi di protezione internazionale implica che il ricorrente abbia l’ onere di dover prima esperire tutti i ricorsi interni di tutela. Si parla di obbligazione *istituzionale* (ed è questo l’ aspetto che qui maggiormente rileva!) perchè il carattere sussidiario dei sistemi di tutela internazionali ha come corollario l’obbligo, nascente in capo ad ogni Stato, di istituire un sistema nazionale di ricorsi efficienti che consenta di riparare le violazioni dei diritti fondamentali.

²⁸¹ A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea. Quiè liderarà en el futuro la creaciòn de un derecho europeo de los derechos fundamentales?* in PENSABENE LIONTI S. (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell’ integrazione comunitaria*, Torino, 2008, 163e ss

²⁸² Cfr. J A. PASTOR RIDRUEJO “*La interrelaciòn de los sistemas de protecciòn de los derechos Fundamentales*” ,in, E ALVAREZ CONDE – V GARRIDO MAYOL, *Commentarios a la Constituciòn Europea*, II, Tirant lo Blanch, 2004, 1656-1657

2. IL RUOLO DETERMINANTE DELLA CORTE DI STRASBURGO IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ED IL SUO RAPPORTO CON LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Un'analisi dei vari livelli di tutela giurisdizionale che gli ordinamenti nazionali, transnazionali ed internazionali offrono- oggi- in materia di diritti fondamentali, non può non prendere le mosse dall'affrontare il

ruolo determinante che l'attività giurisprudenziale della Corte di Strasburgo ha svolto per garantire una protezione effettiva dei diritti umani.

Prima di passare ad analizzare l'attività giurisprudenziale della Corte dei diritti in materia di diritti fondamentali, occorre, preliminarmente, fare alcune considerazioni relative alla nascita, alla struttura ed al funzionamento di tale organo.

Come è noto, infatti, la Corte di Strasburgo rappresenta l'organo di controllo giurisdizionale della Cedu. Al riguardo, sembra opportuno ricordare che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa, è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore nel settembre del 1953. Attualmente gli stati firmatari sono 45. Nel corso dei decenni, al testo della Convenzione si sono andati aggiungendo dodici Protocolli la cui adesione da parte degli Stati firmatari della Convenzione è facoltativa.

Ciò che qui rileva maggiormente è che la CEDU, oltre ad affermare un catalogo di diritti fondamentali civili e politici, appronta anche un meccanismo di tutela delle libertà proclamate attraverso l'azione della succitata Corte europea dei diritti.

Le regole che disciplinano il funzionamento della Corte, recentemente, sono state oggetto di una importante riforma realizzata attraverso il Protocollo n.11, entrato in vigore il 1 novembre 1998, e il protocollo n.14(aperto alle firme degli stati il 12 13 maggio 2004).

Per quanto attiene alla composizione della Corte, va ricordato che essa ha sede a Strasburgo ed è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti e che rimangono in carica per sei anni.

Ogni Stato contraente ed ogni persona (o gruppo o organizzazione non governativa), che risieda in uno degli stati aderenti alla Cedu e che si ritenga vittima di una violazione delle libertà enunciate nella Convenzione, può presentare ricorso alla Corte.

Il ricorso alla Corte dei diritti, ai sensi dell'art.35 Cedu, è sottoposto a due fondamentali condizioni di ricevibilità.

In primo luogo, vige il principio del c.d. “previo esaurimento dei ricorsi interni”; ciò significa che il ricorrente potrà adire la Corte solo dopo che siano stati esauriti tutti i gradi del giudizio interno.

La seconda condizione di ricevibilità è di tipo temporale; nello specifico, il ricorso dovrà essere proposto entro sei mesi dalla data della decisione interna definitiva sul caso in questione.

Le decisioni vengono prese a maggioranza, i giudici sono liberi di aggiungere alla decisione finale le proprie opinioni sia a sostegno della sentenza che dissenzienti. Le sentenze della Corte sono obbligatorie per gli Stati ed attraverso di esse il giudice europeo dei diritti, nel caso sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, può accordare alla parte lesa, ai sensi dell'art.41 Cedu, una un'equa soddisfazione. Tuttavia, occorre, come condizione necessaria per poter accordare la soddisfazione, che *“che il diritto interno dell' Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione”*.

È importante, da subito, precisare come la Corte di Strasburgo, in materia di diritti umani, abbia svolto (e svolge tuttora) un ruolo essenziale.

Nello specifico, la finalità primaria del giudice europeo dei diritti è sempre stata quella di rendere la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali uno strumento efficace ed effettivo di garanzia dei diritti della persona. Tale obiettivo è stato, più volte, ribadito sia da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia da parte di autorevole dottrina.

Per quanto attiene il primo profilo, sembra opportuno fare riferimento a quell' orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti che afferma, espressamente, che l'attività della Corte di Strasburgo deve mirare a garantire che le norme della Cedu “ *si possano comprendere sempre in modo pratico ed effettivo* ”²⁸³.

Per quanto attiene al secondo profilo, va ricordato come autorevole dottrina abbia definito l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo come “*un permanente sforzo di perfezionamento e divulgazione che rende la Cedu uno strumento(di protezione) vivo e dinamico* ”²⁸⁴.

Fatta questa premessa, pertanto, si cercherà di prendere in considerazione i modi attraverso cui la Corte di Strasburgo tenta di

²⁸³ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Irlanda c. Regno Unito* del 18 gennaio del 1978

²⁸⁴ Cfr. J A CARILLO SALCEDO, “*La protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia una superación de la dualidad entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales*”, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, 431

estendere l'ambito di applicazione della Cedu, al fine di renderla un "*mezzo vivo ed elastico di tutela*"²⁸⁵.

Il primo metodo attraverso cui la Corte europea dei diritti ha, spesso, esteso l'ambito di operatività della Convenzione europea è consistito nel superare, *iure pretorio*, le limitazioni che la Cedu stessa ha apposto alle competenze della Corte, e cioè: le limitazioni *ratione materiae*, *ratione temporis* e *ratione loci*.

Si faccia riferimento, in primo luogo, agli strumenti utilizzati dalla Corte per aggirare il limite *ratione materiae*, cioè quel limite che dovrebbe impedire alla Corte di Strasburgo di esercitare la propria giurisdizione su situazioni soggettive giuridiche non riconosciute, in linea di principio, dalla Convenzione.

La prima tecnica attraverso cui il giudice europeo è riuscito a superare il limite *ratione materiae* prende il nome, così come definita da autorevole dottrina, di "*applicabilité par attraction*"²⁸⁶. In altri termini, quando una decisione di una autorità statale ha determinato una lesione di un diritto non riconosciuto dalla Cedu, ma tale violazione ha, indirettamente, prodotto effetti negativi nei confronti di una situazione soggettiva giuridica tutelata dalla Convenzione, la Corte europea dei diritti, "di rimbalzo", ha esteso la sua attività di protezione anche a favore del diritto non riconosciuto.

²⁸⁵ L'espressione è di cfr. A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

²⁸⁶ Cfr F SUDRE, "*Extradition et peine de mort: arret Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 7 juillet 1989*", in *Revue Générale de Droit International Public*, 1990, 108 ss.

A dimostrazione di quanto appena detto si prenda in considerazione la sentenza *Soering*²⁸⁷. In Tale decisione, la Corte di Strasburgo ha affermato che un eventuale provvedimento d'extradizione(richiesto dagli Stati Uniti) a danno del sig. *Soering* avrebbe determinato, da parte del Regno Unito, una violazione della Cedu. Ciò che qui rileva è che la Corte europea ha dichiarato l'eventuale violazione della Convenzione, nonostante la Cedu non faccia alcun riferimento ad un diritto "a non essere estradito" . Ebbene, la tecnica usata dalla Corte, in tale decisione, è stata proprio quella della "*applicabilité par attraction*"; nello specifico, il giudice europeo ha sostenuto che il provvedimento d'extradizione del Regno Unito, sebbene la Cedu non preveda alcun diritto a "non essere sottoposto ad un procedimento di estradizione", determinerebbe una violazione indiretta del divieto di tortura *ex art.3* (che dispone che "*nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*"), in quanto sottoporrebbe il sign. *Soering*, una volta rientrato negli Stati Uniti, ad una condanna certa alla pena capitale.

Sempre in tale ottica vanno lette le sentenza *Berrahab* del 1988²⁸⁸, *Moustaquim* del 1991²⁸⁹ e *Nasri* del 1995²⁹⁰. In tutte queste decisioni, infatti, il giudice europeo giunge a sancire lo stesso principio di diritto; e cioè, che un eventuale provvedimento d'espulsione, sebbene la Cedu non preveda un diritto "a non essere espulso",determinerebbe una violazione della Convenzione, in quanto andrebbe ad intaccare

²⁸⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Soering, c. Regno Unito* del 7 luglio 1989

²⁸⁸ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Berrahab* del 21 giugno del 1988

²⁸⁹ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Moustaquim* del 18 febbraio del 1991

²⁹⁰ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Nasri* del 13 luglio del1995

indirettamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art.8 Cedu*.

Un secondo metodo usato dalla Corte di Strasburgo per aggirare il limite *ratione materiae* è stato quello di evitare, in alcune circostanze, di fornire, nelle proprie decisioni, una *definizione rigida* del diritto tutelato. In altri termini, come già acutamente sostenuto, la Corte europea dei diritti ha “*lasciato nella definizione dei diritti un calcolato margine d’indefinizione*”²⁹¹, in modo tale da estendere la sua competenza anche a beni giuridici, questioni ed aspetti che verrebbero esclusi dalla sua tutela se venisse fornita una definizione rigida della situazione soggettiva giuridica protetta. Esempio emblematico di quanto suesposto è l’interpretazione estensiva che, da sempre, il giudice europeo ha fornito in riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art.8 Cedu*. In primo luogo, si consideri quell’orientamento giurisprudenziale della Corte che ha ribadito che per il diritto di cui all’art.8 della Convenzione “*non è possibile né necessario fornire una definizione esaustiva*”²⁹². Ed ancora, si considerino quelle pronunce attraverso cui la Corte, interpretando estensivamente il diritto *ex art.8* della Cedu, ha allargato il suo raggio d’azione anche a protezione delle *relazioni interpersonali professionali o commerciali*²⁹³. Allo stesso modo, si faccia riferimento a quell’orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto di poter

²⁹¹ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

²⁹² Cfr Corte europea dei diritti, sent *Niemietz* del 16 dicembre 1992.

²⁹³ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Moustaquim* del 18 febbraio del 1991, cit.; sent. *H. c. Regno Unito* del 8 luglio 1987; sent *Niemietz* del 16 dicembre 1992, cit.

ricomprendere nella tutela del diritto al rispetto della vita privata anche il diritto ad *una integrità fisica e morale*²⁹⁴ ed il diritto ad *una vita sessuale*²⁹⁵ (inteso, a sua volta , in un senso esteso; cioè, inteso in modo da garantire ogni forma di libera disposizione del proprio corpo, compresa la *transessualità*²⁹⁶). Ed ancora, la Corte dei diritti ha ribadito, più di una volta, che, attraverso un' interpretazione estensiva dell'art.8 Cedu, è possibile garantire il diritto dell'individuo alla tutela dei *propri dati personali*²⁹⁷ ed il diritto a *cambiare cognome*²⁹⁸. Così come, una chiara dimostrazione d'interpretazione estensiva del diritto al rispetto della vita privata si è avuta in quelle sentenze in cui la Corte, facendo ricorso all' art. 8 della Cedu, ha riconosciuto il diritto *alla qualità della vita*²⁹⁹.

Per quanto attiene al problema di superare il limite *ratione temporis*, la Corte, al riguardo, ha spesso utilizzato quella tecnica che autorevole dottrina³⁰⁰ definisce “ *applicacion par anticipation*”. In altri termini, la Corte di Strasburgo, attraverso tale tecnica, ha potuto applicare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali anche in relazione a violazioni non in atto ma, semplicemente, *future e potenziali*. Si pensi, a tal proposito, alla

²⁹⁴ Cfr Corte europea dei diritti, sent *X e Y c. i Paesi Bassi* del 26 marzo del 1985

²⁹⁵ *Ibidem*; Corte europea dei diritti, sent *Dudgeon* del 22 ottobre del 1981

²⁹⁶ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Rees* del 17 ottobre 1986

²⁹⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Laender* del 26 marzo del 1987; sent. *Gaskin* del 7 luglio del 1989

²⁹⁸ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Burghartz* del 22 febbraio del 1994; sent. *Stjerna*, del 25 novembre del 1994

²⁹⁹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *López Ostra, c. Spagna*, causa 16798/90 del 23 novembre del 1994

³⁰⁰ Cfr F SUDRE, “*Extradition et peine de mort: arret Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 7 juillet 1989*”, cit.

succitata sentenza *Soering*³⁰¹. In tale decisione, la Corte dei diritti ha applicato la Cedu non in relazione ad una violazione in atto, ma sulla base della considerazione che, qualora fosse stato emanato il provvedimento d'espulsione a danno del sig.*Soering*, si sarebbe determinata una violazione “futura” dell'art.3 Cedu. La stessa impostazione teorica è stata seguita, altresì, nelle sentenze *Moustaquim*³⁰² e *Nasri*³⁰³ in cui la Corte ha ritenuto che i provvedimenti d'espulsione, oggetto delle pronunce in questione, avrebbero violato la Cedu in quanto causa certa di una lesione “futura” dell'art.8 della Convenzione.

Ma lo strumento dell' *applicazione anticipata* non ha rappresentato l'unico metodo attraverso cui la Corte dei diritti è riuscita ad aggirare il limite *ratione temporis*; infatti, gli organi della Cedu hanno, frequentemente, fatto ricorso a quella tecnica (elaborata dalla prassi della Commissione europea dei diritti dell'uomo³⁰⁴) che prende il nome di “*violazione continuata*”. Nello specifico, la Corte dei diritti, attraverso la costruzione teorica della *violazione continuata*, ha applicato le disposizioni della Cedu anche a violazioni che, sebbene iniziate anteriormente all' entrata in vigore della Convenzione, sono rimaste persistenti (cioè, produttive d'effetti)³⁰⁵.

³⁰¹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Soering, c. Regno Unito* del 7 luglio 1989; Conforme sent. *Chahal c. Regno Unito* del 15 novembre 1996; sent. *Ahmed c. Austriache* del 17 dicembre 1996

³⁰² Cfr Corte europea dei diritti, sent *Moustaquim* del 18 febbraio del 1991,cit.;

³⁰³ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Nasri* del 13 luglio del 1995

³⁰⁴ In riferimento alla costruzione teorica, ad opera della prassi della Commissione, dell'istituto della *violazione continuata* cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 10 dicembre 1976 sull'accoglimento del ricorso n. 7379/76 *X c. Regno Unito*; Decisione del 6 ottobre 1976 sull'accoglimento del ricorso n. 7317/75 *Lynas c.Suisse*

³⁰⁵ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Louizidou* del 23 marzo 1995

Passiamo, adesso, ad analizzare in che modo il giudice europeo riesce a svincolarsi dalla limitazione *ratione loci*.

Per superare tale limite alla propria Competenza, la Corte ha dovuto affrontare il problema di stabilire, con esattezza, cosa intende la Convenzione per *giurisdizione* quando afferma, *ex art. 1*, che “*Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro **giurisdizione** i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione*”. Ebbene, la giurisprudenza³⁰⁶ del giudice europeo ha accolto un’interpretazione estensiva del concetto di *giurisdizione ex art.1 Cedu*; in particolare, la Corte di Strasburgo ha affermato il principio per cui gli Stati membri hanno il dovere di garantire la tutela dei diritti della Cedu non solo nell’ambito dei propri territori nazionali ma, anche, in quei territori che, pur non facendo parte della Convenzione, sono sottoposti ad un loro controllo di fatto (determinato, ad esempio, da una operazione militare legale - o non - condotta nei confronti del territorio occupato).

Dopo aver preso in esame i possibili modi in cui la Corte riesce a sfuggire alle maglie delle limitazioni *ratione materiae, temporis e loci*, sembra opportuno, adesso, fare riferimento da un’ ulteriore tecnica attraverso cui la Corte di Strasburgo riesce ad applicare estensivamente le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali: e cioè, l’utilizzo di un *concetto ampio di vittima*.

Per comprendere quanto detto, occorre fare una breve parentesi su quali siano i soggetti legittimati ad adire la Corte europea dei diritti.

³⁰⁶ *Ibidem*

Può, in primo luogo, adire la Corte di Strasburgo, attraverso il c.d. *ricorso interstatuale*, qualunque Stato contraente; ed è importante evidenziare che lo Stato può agire per qualunque violazione o inadempimento commesso da un altro Stato contraente e, inoltre, indipendentemente dal fatto che la violazione lo abbia danneggiato direttamente.

In secondo luogo, attraverso il ricorso individuale, possono adire la Corte *persone fisiche, organizzazioni non governative e gruppi di privati*; tuttavia, a differenza del ricorso interstatuale, tali soggetti possono presentare ricorso soltanto ad una condizione: e cioè, devono essere *vittima diretta* della violazione della Cedu.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha precisato che il concetto di *vittima* indica, ai sensi della Convenzione, l'esistenza di un *nesso sufficientemente diretto* tra il ricorrente ed il pregiudizio subito dalla violazione censurata; ed è, infatti, in tal senso che va inteso quell'orientamento giurisprudenziale che ha definito la *vittima*(ai sensi della Convenzione) come “*la persona **direttamente** colpita dall'atto o dalla omissione che impugna*”³⁰⁷. D'altronde, la *ratio*, da parte della Corte, di richiedere la presenza del nesso “ricorrente-pregiudizio” è spiegabile se si considera che il ricorso individuale alla Corte europea dei diritti non costituisce un'azione popolare.

Alla luce delle suesposte considerazioni, pertanto, sembrerebbe che la Corte abbia assunto un atteggiamento rigido in materia di ricorso individuale; ma non è così.

³⁰⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Adolf* del 26 marzo 1982

Infatti, come sostenuto da autorevole dottrina, la giurisprudenza del giudice europeo ha cominciato a “*riconoscere, progressivamente, un concetto ampio di vittima, ammorbidendo la rigidità del nesso vittima-atto lesivo del diritto*”³⁰⁸. Esempio emblematico di quanto detto è la sentenza *Klass*³⁰⁹. In tale decisione, infatti, la Corte europea dei diritti è arrivata alla conclusione che un soggetto può ritenersi vittima di una violazione della Cedu “*per la semplice esistenza di azioni segrete dell'autorità nazionale o del legislatore che la consentono, anche se non può provare di essere stato effettivamente sottoposto a tali violazioni*”³¹⁰. Se si accetta tale impostazione teorica, pertanto, appare evidente che un soggetto si potrà ritenere vittima di una violazione (e, quindi, adire la Corte) per il semplice fatto che una legislazione interna violi, di per sé, i diritti della Cedu, anche se non sussistono specifici mezzi di esecuzione che possano rendere tale normativa effettiva.

Un altro modo attraverso cui la Corte europea dei diritti estende l'ambito di applicazione della Cedu si concretizza in quell'atteggiamento di favore, da parte del giudice europeo, dimostrato nei confronti di particolari *soggetti vulnerabili* e nei confronti delle *minoranze*.

Per quanto attiene al primo profilo, sembra opportuno fare riferimento a quelle decisioni della Corte di Strasburgo in cui sono stati riconosciuti degni di tutela e, pertanto, titolari dei diritti della

³⁰⁸ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

³⁰⁹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Klass* del 6 settembre 1978

³¹⁰ *Ibidem*

Convenzione soggetti quali: i minori³¹¹, le persone portatrici di handicap³¹², le donne maltrattate³¹³, le persone recluse in stabilimenti penitenziari³¹⁴ etc...

Per quanto attiene, invece, alla tutela riconosciuta dalla Corte di Strasburgo alle *minoranze*, ciò che preme ribadire è che la giurisprudenza del giudice europeo, sebbene le *minoranze* non siano espressamente contemplate dalla Convenzione, ha cominciato a riconoscere a tali soggetti particolari forme di protezione. In altri termini, come sostenuto da autorevole dottrina³¹⁵, la Corte dei diritti ha mostrato, attraverso un'interpretazione estensiva della Cedu, una particolare sensibilità in riferimento ad alcune minoranze quali: le *minoranze nazionali*³¹⁶ (si pensi, ad esempio, al particolare atteggiamento di favore mostrato dalla Corte nei confronti della minoranza curda in Turchia; o, altresì, nei confronti della minoranza macedone in Grecia), delle *minoranze linguistiche*³¹⁷, delle *minoranze religiose*³¹⁸, delle *minoranze sessuali*³¹⁹ etc...

³¹¹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Tyrer* del 25 aprile 1978; sent. *Handyside* del 7 dicembre del 1976; sent. *Marckx* del 13 giugno 1979; sent. *Rasmussen* 28 novembre 1984

³¹² Cfr Corte europea dei diritti, sent. *X e Y c. Olanda* del 25 marzo 1985

³¹³ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *S. W. c. Regno Unito* del 22 novembre 1995

³¹⁴ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Silver* del 25 marzo 1983; sent. *Schönenberger* del 20 giugno 1984; sent. *McCallum* del 30 agosto 1990; sent. *Campbell* del 25 marzo 1992

³¹⁵ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Economica*, Paris, 1989, 84

³¹⁶ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Okçuoglu* del 8 luglio 1999; sent. *Arslan* del 8 luglio 1999; sent. *Ibrahim Aksoy* del 10 ottobre 2000; sent. *Sidiropoulos c. Grecia* del 10 luglio 1998

³¹⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Mathieu-Mohin et Clerfayt* del 2 marzo 1987

³¹⁸ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Kokkinakis* del 25 maggio 1993; sent. *Hoffman* del 26 maggio 1993; sent. *Manoussakis* del 29 settembre 1996

³¹⁹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Dudgeon* del 22 ottobre 1981; sent. *Norris c. Irlanda* del 26 ottobre del 1988; sent. *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* del 21 dicembre 1999; sent. *Lustig-Prean c. Regno Unito* del 27 settembre 1999 ; sent. *Bwckett e Smith e Grady e c. Regno Unito* del 27 settembre 1999

Un'analisi relativa ai tentativi della Corte di Strasburgo di estendere il raggio d'azione della Convenzione, non può non tenere conto dell'attività giurisprudenziale attraverso cui il giudice europeo ha cercato di superare, in forza delle proprie pronunce, la tradizionale distinzione tra diritti *civili e politici* e diritti *economici, sociali e culturali*.

L'esigenza di superare tale distinzione è sorta dal fatto che, come è noto, la Cedu si limita a riconoscere soltanto diritti di natura *civile e politica*, lasciando il compito di tutelare le situazioni giuridiche economico-sociali alla Carta sociale Europea. È interessante notare come autorevole dottrina abbia giustificato tale scelta della Cedu sulla base di una argomentazione di carattere "tecnico-giuridico"; nello specifico, secondo tale orientamento, la Convenzione non avrebbe potuto riconoscere altri diritti diversi da quelli civili e politici per il semplice fatto che essa, poiché "*mira a garantire i diritti mediante un controllo giurisdizionale, potrà garantire solo quei diritti dotati di applicazione immediata e sufficientemente precisa, in modo da poter essere oggetto di ricorso diretto(...), e i diritti sociali, economici e culturali non rispondono a tali criteri perché la loro realizzazione è relativa e progressivamente dipendente dalle condizioni esistenti in ciascun paese*"³²⁰.

Pertanto, in assenza di espresse disposizioni da parte della Cedu, la Corte dei diritti ha cominciato, *iure pretorio*, a far derivare dai diritti della Convenzione (che sono diritti civili e politici) anche delle conseguenze economico-sociali nei confronti degli Stati membri. Per

³²⁰ Cfr G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit.

fare ciò, come sottolinea parte della dottrina³²¹, la Corte ha riconosciuto ai diritti della Cedu “*un doppio valore soggettivo-giuridico obiettivo*”. In altri termini, secondo tale orientamento, il giudice europeo ha interpretato i diritti della Convenzione da un lato in una prospettiva *soggettiva* (e cioè, ha considerato i diritti della Cedu come strumento di protezione dalle ingerenze dei pubblici poteri e, quindi, come fonte di obblighi negativi nei confronti degli Stati membri), dall’ altro, li ha interpretati in una prospettiva *giuridico obbiettiva* (cioè, intendendoli, come affermato da autorevole dottrina³²², come “*principi o valori supremi dell’ordinamento che, come tali, suppongono un’obbligazione positiva dello Stato di realizzarli*”). A conferma di appena esposto, si faccia riferimento, ad esempio alla sentenza *Airey c. Irlanda*; in tale pronuncia, infatti, la Corte dei diritti è giunta alla conclusione che, sebbene la Cedu “*enuncia solamente diritti civili e politici*”, è altrettanto vero che “*gran parte di essi presentano conseguenze di tipo economico e sociale*”³²³. Sempre in tale ottica deve, altresì, essere considerato quell’orientamento giurisprudenziale³²⁴ della Corte dei dritti che ha ribadito che il diritto ad un equo processo, così come sancito dall’art.6 della Convenzione, costituisce una regola valida anche nell’ ambito della sicurezza sociale e della assistenza sociale. Ed ancora, si

³²¹ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

³²² Cfr A GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, in *Civitas*, 1994, 39-40 A PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1986, 19ss;

³²³ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Airey c. Irlanda* del 9 ottobre 1979

³²⁴ Cfr Corte europea dei diritti sent. *Deumeland c. Germania* del 29 maggio 1986; sent. *Schuler-Zgraggen c. Svizzera* del 24 giugno 1993

considerino quelle sentenze³²⁵ della Corte che hanno riconosciuto agli individui, come diritti tutelabili in forza della Convenzione, alcuni diritti sociali fondamentali, quali: il diritto *ad una abitazione dignitosa* ed il diritto *alla qualità della vita*.

Altra importante tecnica ermeneutica attraverso cui la Corte di Strasburgo ha garantito un'applicazione estesa della Convenzione è rappresentata dal riconoscimento, da parte della Corte, di una “*efficacia orizzontale dei diritti umani*”³²⁶ sanciti dalla Convenzione (la c.d. *Drittwirkung*). In altri termini, ciò che si vuole sostenere è che la Corte dei diritti ha cominciato da applicare le disposizioni della Cedu non solo in relazione a violazioni *verticali* (cioè, quelle commesse dagli Stati membri) ma anche, in riferimento a violazioni *orizzontali* (e cioè, commesse da privati a danno di altri privati). In tal senso, si pensi, ad esempio alla sentenza *Plattform*³²⁷. In tale decisione, infatti, la Corte ha addebitato ad un gruppo di privati una violazione della Cedu; nel specifico, il giudice europeo ha ritenuto che il gruppo in questione, ponendo in essere un'attività di “*contromanifestazione*”, avrebbe determinato, a danno di un altro gruppo di manifestanti, una lesione dell'art.11 della Convenzione (che sancisce il *diritto di riunione*). Allo stesso modo, si pensi alla decisione *López Ostra*³²⁸ in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto colpevole della violazione dell'art. 8 della Convenzione (che sancisce

³²⁵ Fra tutte cfr.Corte europea dei diritti, sent. *López Ostra,c. Esapgne*, causa 16798/90 del 23 novembre1994,cit.

³²⁶ Sul punto (tra gli altri) cfr. Cfr A. H. CATALA i BAS,*Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs.Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

³²⁷ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Plattform* del 21 giugno 1988

³²⁸ Cfr.Corte europea dei diritti, sent. *López Ostra,c. Esapgne*, causa 16798/90 del 23 novembre 1994,cit.

il diritto al rispetto della vita privata e familiare) una impresa privata la quale, attraverso le sue emanazioni, avrebbe causato un ostacolo al normale sviluppo della famiglia ricorrente.

Da ultimo, va ricordato come una tecnica frequentemente utilizzata dalla Corte europea dei diritti, per rendere la Cedu uno strumento di tutela sempre più efficace, sia consistita in quella propensione del giudice europeo ad interpretare le *clausole limitative* dei diritti (previste dalla Convenzione stessa) in modo restrittivo. Pertanto, per comprendere la rilevanza di tale attività ermeneutica della Corte, occorre fare una breve parentesi su cosa s'intende per *clausole limitative* dei diritti della Cedu. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, infatti, ha previsto, in alcuni articoli, la possibilità che i poteri pubblici possano disporre delle legittime compressioni dei diritti da essa sanciti, a condizione che tali limitazioni siano finalizzate al perseguimento di obiettivi d'interesse generale. In tal senso, ad esempio, la Cedu consente, *ex art.8*, che il diritto al rispetto della vita privata e familiare possa subire delle ingerenze pubbliche, laddove tale compressione del diritto “ *sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione delle libertà altrui*”. A conferma di ciò, si consideri, inoltre, l'art 9 della Cedu che - nel sancire il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione – ammette la possibilità che vengano disposte delle

limitazioni del diritto se, esse, costituiscono “*misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui*”. Ed ancora, si faccia riferimento al diritto alla libertà di espressione *ex art.10 Cedu* che, per espressa disposizione della Convenzione, può essere soggetto a tutte quelle compressioni che siano considerate “*necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’ integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o di diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario*”. Ebbene, la Corte dei diritti, al fine di limitare il più possibile il potere degli Stati di ricorrere a tali limitazioni, ha, *iure pretorio*, imposto, come *condicio sine qua non*, che le compressioni del diritto in commento rispettino due condizioni fondamentali.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo richiede che ogni compressione del diritto della Cedu debba essere *prevista da una legge*. A tal riguardo, pare opportuno ricordare, come autorevole dottrina³²⁹ ha sostenuto, che la legge che prevede una limitazione della Cedu deve presentare due caratteristiche essenziali: e cioè, deve essere *conoscibile e prevedibile*. Pertanto, secondo tale orientamento, la legge, per poter essere *conoscibile*, “*dovrà consentire all’individuo di avere una adeguata informazione circa le norme che dovranno essere applicate al caso di specie; dovrà essere pubblicata con gli strumenti*

³²⁹ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

normali della diffusione del diritto di Stato o, come minimo, dovrà essere tenuta alla portata dei cittadini".³³⁰ Per quanto attiene al profilo della *prevedibilità*, la legge, per essere prevedibile, dovrà presentare *chiarezza nei termini* e dovrà indicare, con *ragionevole certezza*, quali casi potranno essere oggetto di un'intervento dei pubblici poteri.

La seconda condizione, cui gli Stati devono sottostare nel momento in cui dispongono una limitazione del diritto, consiste nella richiesta, da parte della Corte, che tale compressione sia *necessaria, in una società democratica, al raggiungimento di un obiettivo legittimo*. Tale condizione va interpretata, come già acutamente sostenuto, nel senso che *"la limitazione deve corrispondere soprattutto ad una necessità sociale imperante e deve essere proporzionata alla finalità legittima perseguita"*³³¹.

L'analisi sin qui svolta ha cercato, quanto meno per grandi linee, di rendere conto del ruolo preponderante che la Corte di Strasburgo ha svolto, attraverso la sua attività giurisprudenziale, in materia di tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, una ricerca che abbia ad oggetto il sistema di protezione dei diritti umani fornito dalla Corte dei diritti non può non prendere in considerazione il travagliato rapporto che intercorre tra la giurisprudenza costituzionale italiana e quella della Corte di Strasburgo.

In particolare, la questione principale, su cui la Consulta è stata chiamata più volte a pronunciarsi, riguarda il problema di stabilire che

³³⁰ Ibidem

³³¹ Ibidem

valore esplicano la Cedu e le sentenze della Corte dei diritti all'interno del nostro ordinamento costituzionale.

Fino agli anni novanta, la Corte costituzionale è stata coerente nell'affermare che il rango della Cedu, nell'ambito del nostro sistema delle fonti, è equiparabile, a tutti gli effetti, a quello di qualunque altra norma internazionale di rango pattizio. Quanto detto ha, inevitabilmente, comportato delle importanti conseguenze sul modo di considerare la forza normativa della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ambito del nostro ordinamento.

In primo luogo, sulla base dell'impostazione teorica appena esposta, la Cedu, in quanto considerata diritto pattizio, è dovuta sottostare a tutti i limiti che il nostro ordinamento prevede in materia di *adattamento del diritto internazionale pattizio*; nello specifico, infatti, la Convenzione, per poter essere introdotta nel ordinamento interno, è stata recepita da una legge nazionale.

Conseguentemente, sulla base di quanto detto, si è affermato un orientamento della giurisprudenza costituzionale³³² che ha sancito il principio secondo cui la Cedu ha, nel sistema delle fonti, la medesima posizione della legge nazionale che vi dà esecuzione.

Da quanto appena esposto è facile ricavare due importanti considerazioni: in primo luogo, bisogna notare come - fino agli anni novanta - la Cedu fosse considerata dotata di una forza normativa equivalente a quella di una legge ordinaria (come, appunto, è la legge che ha dato esecuzione alla Convenzione); in secondo luogo, la Cedu

³³² Cfr. Corte costituzionale, sent. n.104/69; sent. 188/90

- essendo di pari rango - era considerata abrogabile (secondo il criterio cronologico) da qualunque altra legge ordinaria successiva.

Pertanto, si comprende perchè la Corte costituzionale ha, inizialmente, utilizzato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali esclusivamente come fonte d'ispirazione per interpretare meglio il parametro di costituzionalità e, in particolare, per integrare il contenuto dell'art.2 Cost. A tal proposito, preme ricordare, come autorevole dottrina³³³ ha fatto, che la soluzione adottata dalla Consulta, di utilizzare la Cedu come fonte d'interpretazione dell'art. 2 Cost., sembra ripercorrere i passi già compiuti dal Costituente spagnolo laddove, ai sensi dell'art.10 della Costituzione di Spagna, impone che le norme di diritto interno debbano essere interpretate in conformità con il contenuto dei trattati internazionali sui diritti umani.

A partire dagli anni novanta la Corte costituzionale sembra compiere una drastica “inversione di marcia”, riconoscendo, finalmente, alla Cedu, nell'ambito della gerarchia delle fonti, una *forza passiva rinforzata*.

La prima fase di questo processo di riconoscimento di una nuova forza normativa della Cedu è stata scandita dall'emblematica sentenza n.10/1993³³⁴. Con tale decisione la Corte si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale³³⁵, sollevata dal Pretore di

³³³ Cfr.A BARBERA,*Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit.,116

³³⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.10/1993, in *Giur. Cost.*,cit.

³³⁵ Si tratta, in realtà, di due questioni di legittimità distinte ma che la Corte (Pes. Casavola; Rel.Baldassarre) ha ritenuto opportuno riunire al fine di deciderle con un' unica sentenza in quanto “*Sebbene la questione di legittimità sollevata dal Pretore di Torino e quella proposta in via principale dal Tribunale di Milano abbiano ad oggetto disposizioni diverse e sebbene i parametri invocati nell' uno e nell' altro caso siano solo parzialmente*

Torino e dal Tribunale di Milano, in cui veniva sostenuta l'incostituzionalità di due norme del codice di procedura penale: l'art.555 c.p.p. (relativo al decreto di citazione a giudizio) e il combinato disposto degli artt. 456 co.2 e 458 co.1 c.p.p. (relativi al decreto di giudizio immediato). Nello specifico, per i giudici *a quibus*, l' incostituzionalità deriverebbe dal fatto che: da un lato, tali norme non prevedono la traduzione dei decreti da esse disciplinati nel caso di imputato straniero; e dall' altro, secondo l' interpretazione dei giudici rimettenti, l'art. 143 c.p.p. (relativo alla nomina dell'interprete assistente per l'imputato) sarebbe applicabile solo agli atti orali del processo penale. Pertanto, secondo i giudici *a quibus*, le norme in commento determinerebbero una duplice violazione dei principi costituzionali: in primo luogo, una violazione del principio di uguaglianza *ex art 3 Cost.*(in quanto determinerebbero una chiara disparità di trattamento processuale tra il cittadino e lo straniero); ed in secondo luogo, violerebbero il *diritto di difesa ex art.24 Cost.* (per il fatto che lo straniero che non può capire il contenuto degli atti processuali difficilmente potrà apprestare una adeguata difesa). Sulla base di queste considerazioni, quindi, i giudici rimettenti chiedono alla Consulta, nell' ordinanza di remissione, che pronunci una sentenza *additiva* attraverso cui introdurre nel processo penale una norma diretta "*a prescrivere che all' imputato straniero che ignora la lingua italiana siano notificati, anche nella traduzione nella lingua a lui nota, atti del processo penale, dai quali dipendono la conoscenza*

coincidenti (...i giudici a quibus chiedono pronunce additive aventi un contenuto analogo" (cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993; punto 1)

*tempestiva e dettagliata dell' imputazione (come il decreto di citazione a giudizio dinnanzi al pretore) ovvero l' esercizio di significativi diritti garantiti all'imputato dalle norme di procedura penale (come l' avviso contenuto nel decreto di citazione a giudizio immediato) ”³³⁶. La Consulta, nel decidere il caso di specie, trova l'occasione per affrontare nuovamente il complesso problema di stabilire quale sia il rango delle carte internazionali dei diritti nella gerarchia delle fonti. Ebbene, ciò che qui rileva maggiormente è che il Giudice delle leggi, discostandosi dal proprio precedente orientamento, riconosce alle convenzioni internazionali sui diritti (ed, in primo luogo, alla Cedu) un' *efficacia passiva rinforzata* che impedisce una loro eventuale abrogazione da parte di leggi ordinarie successive. Pertanto, nel caso di specie, la Corte esclude che l'art.143 c.p.p., sebbene cronologicamente successivo, possa abrogare il diritto, sancito dalla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a conoscere l'imputazione nella propria lingua; semmai, aggiunge la Corte, il giudice nazionale dovrà impegnarsi a fornire una interpretazione della norma processuale penale in modo da renderla conforme alla Cedu. A conferma di ciò, si consideri la motivazione della decisione in commento nella parte in cui si afferma che “ *le norme internazionali appena ricordate (si tratta dell'art.6 lett a) Cedu; e art.14 Patto internazionale dei diritti civili e politici) sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini d'esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, essere considerate abrogate dalle**

³³⁶ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993 (punto 1)

successive disposizioni del codice di procedura penale (...), perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria³³⁷”.

È interessante notare come la Consulta, al fine di giustificare la scelta di riconoscere alla Cedu un'efficacia passiva rafforzata, abbia affermato, nella decisione in esame, il concetto che le carte internazionali dei diritti non costituiscono altro che uno strumento di attuazione di quella *inviolabilità dei diritti umani* che rappresenta, in forza dell'art.2 Cost., un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale. In altre parole, il Giudice delle leggi ribadisce che le convenzioni internazionali sui diritti della persona hanno l'importante funzione di “specificare” il generale concetto di “diritti inviolabili” di cui all'art.2 Cost. consentendo, in questo modo, di riempire tale “*clausola aperta*”³³⁸ di nuove libertà che non sono espressamente tutelate dalla nostra Costituzione. A dimostrazione di quanto appena detto, si prenda in considerazione quella parte della motivazione, della pronuncia in commento, in cui la Corte ribadisce che il diritto “a conoscere l'imputazione nella propria lingua” rappresenta una garanzia che “*ancorché esplicitata da atti aventi il rango di legge ordinaria* (si riferisce alle convenzioni internazionali sui diritti umani), *esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale(...) del diritto inviolabile alla difesa*

³³⁷ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993 (punto 2)

³³⁸ Per quella parte della dottrina che ritiene che l' art.2 Cost. costituisca una *clausola aperta* della Costituzione cfr. Cfr. A BARBERA, *Sub. Art.2 Cost.*,cit.

(art.24, secondo comma della Costituzione) (...) quale principio fondamentale ai sensi dell'art.2 della Costituzione³³⁹”.

Questo nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte, volto a riconoscere alle carte internazionali dei diritti umani (e, in primo luogo, alla Cedu) una maggiore forza normativa, trova, ben presto, un'importante conferma nell'*obiter dictum* della sentenza n.388/1999³⁴⁰. In tale decisione, infatti, la Consulta, nuovamente chiamata a *pronunciarsi* sul problema del valore da attribuire alle convenzioni internazionali dei diritti fondamentali, è giunta alla conclusione che “ *indipendentemente dal valore da attribuire (alla generalità delle) norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione e non meno intensa garanzia nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili fatto dall'art.2 Cost (...), ma anche perché , al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono s'integrano completandosi reciprocamente nell'interpretazione*”. La portata innovativa di tale sentenza sta, pertanto, nel riconoscere alle convenzioni internazionali la funzione d'interagire con le fonti normative nazionali (prima, fra tutte, la Costituzione) al fine di consentire all'interprete di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali; e ciò, indipendentemente dalle rigide ripartizioni, imposte dall'ordinamento nazionale, in materia di gerarchia delle fonti. A dimostrazione di quanto appena detto, sembra

³³⁹ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n.10/1993 (punto 2)

³⁴⁰ Cfr. Cort. Cost. sent. n.388/1999

opportuno fare riferimento a quell'orientamento dottrinale secondo cui la pronuncia in commento costituirebbe *“un’eloquente dimostrazione della tendenza a superare, in nome della tutela dei diritti, i vincoli che scaturiscono dal sistema delle fonti, dalle attribuzioni assegnate alle giurisdizioni dai diversi ordinamenti, e a maggior ragione dalla dislocazione delle decisioni fra livelli di governo”*³⁴¹

Una recente conferma di questo nuovo atteggiamento di favore della Corte, volta ad attribuire alla Cedu (e, in generale, alle convenzioni internazionali sui diritti umani) uno *status* particolare nell'ambito della gerarchia delle fonti, si è avuta con la (già citata) sentenza n.445/2002³⁴². Nello specifico, la Corte, in tale decisione, è stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale *dell'obbligo di celibato e nubilato* imposto dalla legge come condizione per poter accedere al corpo della guardia di finanza.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto in questione, sostenendo che tale norma sarebbe risultata in palese contrasto con il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici (*ex art. 51 co1 Cost.*), con il diritto di contrarre matrimonio (*ex artt. 29 e 2 Cost. e ex art.16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948*) e con il diritto a non essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella vita privata (*ex art.12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, art.8 della Cedu e art.7 della Carta di Nizza.*). Ebbene, ciò che in questa sede rileva

³⁴¹ Cfr.C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*,cit.

³⁴² Cort. Cost. sent. 445/2002 , in *Giur cost.*, 2002, cit. Tale sentenza è già stata presa in considerazione nel presente scritto in riferimento alla questione di stabilire quali siano i rapporti che intercorrono tra la giurisprudenza costituzionale italiana e la Carta di Nizza v.*supra* CAP II, par.IV

evidenziare è che la Corte, al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto in questione, ha sostenuto il contrasto non solo con il diritto a contrarre matrimonio, tutelato espressamente dalla Costituzione *ex* artt. 2 e 29, ma anche con il diritto *a non essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella vita privata*, che trova esclusivo riferimento nell'ambito delle carte internazionali dei diritti fondamentali(ed in particolare, negli artt. 8 della Cedu e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea). Pertanto, alla luce di quanto suesposto, appare evidente che il Giudice delle leggi, nella decisione in commento, abbia fatto assurgere la Cedu a parametro di legittimità costituzionale, attribuendole (di fatto), conseguentemente, un rango superiore a quello delle leggi ordinarie.

Questo nuovo orientamento del Giudice delle leggi nei confronti della la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali sembra aver accolto quell'autorevole orientamento dottrinale³⁴³ che, da tempo, ha sostenuto la necessità, da parte della Consulta, di dover prendere in grande considerazione la Cedu e la sua applicazione giurisprudenziale posta in essere dalla Corte di Strasburgo. In particolare, secondo tale orientamento, la Corte costituzionale non può non tenere conto della Cedu e dell'operato della Corte dei diritti per tre ragioni fondamentali.

In primo luogo, la Consulta deve prendere atto che la Corte di Strasburgo presenta, in forza del proprio sistema processuale, una maggiore idoneità ad erigersi a difensore delle violazioni dei diritti umani. In altre parole, il giudice europeo, attraverso l'istituto del

³⁴³ Cfr.A BARBERA,*Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*,cit.116 ss.

ricorso individuale diretto, consente all'individuo di chiedere una immediata tutela per una eventuale violazione subita; viceversa, la Corte costituzionale, per occuparsi dei diritti, deve percorrere la "via indiretta" del sindacato di legittimità costituzionale.

In secondo luogo, non va dimenticato che la Corte costituzionale, non prendendo totalmente in considerazione le disposizioni della Cedu, rischia di essere, essa stessa, causa di condanne, da parte della Corte di Strasburgo, nei confronti dell'Italia. Per comprendere ciò, va ricordato che la Corte dei diritti, sebbene non abbia il potere di annullare l'atto emanato dall'autorità nazionale in lesione del diritto, può, comunque, dichiarare il diritto e condannare lo Stato al pagamento di una somma di denaro ogni qual volta sia stata commessa una violazione della Cedu *ad opera di un qualsiasi atto dello Stato* (sia esso legislativo, amministrativo o giurisdizionale). A conferma di quanto detto, si pensi, ad esempio, alla sentenza *Affaire Opendoor/Dublin Wellwoman* del 1992³⁴⁴. In tale decisione, infatti, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Irlanda al pagamento di 25.000 lire irlandesi per riparare ad una violazione della libertà d'informazione in materia di aborto commessa dalla Corte suprema Irlandese. Ed ancora, si consideri la sentenza *López Ostra* del 1994³⁴⁵ con cui la Corte di Strasburgo ha condannato la Spagna per una violazione commessa dal Tribunale costituzionale spagnolo; nello specifico, il giudice europeo ha accolto il ricorso della signora *López*

³⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Affaire Opendoor/Dublin Wellwoman c. Irlande*, causa 14234-14235/88, del 23 settembre 1992

³⁴⁵ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *López Ostra, c. Espagne*, causa 16798/90 del 23 novembre 1994, cit

Ostra in cui veniva lamentata una violazione, da parte del Giudice delle leggi spagnolo, del principio del contraddittorio.

In terzo luogo, si è cominciata ad affermare, di recente, una tendenza, da parte dei giudici comuni nazionali, ad aggirare le pronunce della Corte costituzionale e a dare applicazione diretta, nell'ordinamento interno, alla Cedu così come interpretata dalle sentenze della Corte di Strasburgo. Un esempio emblematico di quanto appena detto si è verificato durante il passaggio da Amministrazione delle poste a Ente poste s. p. a. . Nello specifico, in seguito a tale passaggio, un numero enorme di lavoratori, assunti dall'Amministrazione poste con un contratto a tempo determinato (della durata di tre mesi), hanno fatto ricorso al giudice del lavoro per ottenere una conversione del proprio contratto di lavoro in un nuovo contratto a tempo indeterminato. Per provvedere alla richiesta sempre più pressante dei lavoratori, divenuta quasi ingestibile, il governo ha emanato il decreto legge *omnibus* n.510/1996; con tale decreto, pertanto, veniva posto un divieto di conversione di qualunque contratto a tempo determinato. Il decreto in esame, in seguito al sollevamento di una questione di legittimità costituzionale, è stato dichiarato, dalla Corte costituzionale, perfettamente legittimo in quanto dotato del carattere della *generalità* e dell'*astrattezza*³⁴⁶. Ebbene, ciò che preme evidenziare in questa sede è che il Tribunale di Genova³⁴⁷, nonostante la Consulta avesse espressamente riconosciuto la legittimità della normativa in commento, ha disapplicato il decreto n. 510/1996 perché ritenuto in

³⁴⁶ Cfr. Cort. Cost. sent. 419/2000

³⁴⁷ Cfr. Tribunale di Genova , sent. 4 giugno 2001, in *Foro.it*,2001,I,2653

violazione dell'art.6 della Cedu così come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Un ulteriore esempio in cui i giudici comuni hanno dato diretta applicazione alle norme della Cedu si può ricavare da un recente orientamento della Corte d'appello di Roma. Nello specifico, la Corte d'appello di Roma, in una sentenza del 2002³⁴⁸, ha, al fine di concedere equitativamente un limite più alto per il gratuito patrocinio, richiamato espressamente e applicato direttamente l'art.6 della Cedu.

Ed ancora, si pensi alle ipotesi in cui il giudice nazionale ha consentito l'ingresso diretto della Cedu quale parametro per valutare la legittimità delle leggi interne entrate in vigore successivamente alla legge nazionale che ha dato esecuzione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali. Al riguardo, si prenda in considerazione la sentenza della Corte di Cassazione del 1993 conosciuta come sentenza *Medrano*³⁴⁹. In tale decisione, infatti, la Suprema Corte è stata chiamata a decidere sulla legittimità di una misura d'espulsione che il giudice di merito aveva emesso nei confronti del ricorrente (cittadino straniero), in quanto dichiarato colpevole di traffico di stupefacenti. Ciò che qui preme sottolineare è che la Corte di Cassazione, nel decidere il caso di specie, impone al giudice di merito di riesaminare la misura di espulsione al fine di valutare se, avendo il ricorrente instaurato in Italia dei legami familiari, tale misura avrebbe potuto determinare una violazione dell'art. 8 Cedu (che riconosce il diritto al rispetto di una vita familiare).

³⁴⁸ Cfr Corte d'appello di Roma, sent 11 aprile 2002

³⁴⁹ Cfr. Cass. pen., I, 10 luglio 1993, caso *Medrano*, in *Riv. dir. int.*, 1990, 530ss

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sembrerebbe, pertanto, che la Corte costituzionale rischi, in futuro prossimo, di essere definitivamente aggirata, in materia di tutela dei diritti fondamentali, dal giudice comune in nome della Cedu. Ma non è così.

Infatti, sebbene sia innegabile il sempre crescente ruolo che la Convenzione europea dei diritti umani ha cominciato a svolgere nel nostro sistema delle fonti, bisogna, come sostenuto da autorevole dottrina³⁵⁰, prendere atto che la Cedu presenta dei limiti.

In primo luogo, va considerato che le norme contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali costituiscono norme di diritto non sovranazionale (comunitario) ma internazionale; pertanto, ad esse non potrà essere applicato, in via analogica, il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

In secondo luogo, bisogna prendere atto che l'efficacia, nell' ambito degli ordinamenti nazionali, delle sentenze della Corte di Strasburgo, sebbene esse siano obbligatorie nei confronti delle Alte parti contraenti, è, comunque, pur sempre limitata. A dimostrazione di quanto appena detto si considerino due aspetti: innanzitutto, le pronunce del giudice europeo non hanno efficacia *erga omnes*; in secondo luogo, le decisioni della Corte dei diritti determinano l'obbligo dello Stato di cessare la violazione in atto e, eventualmente, di pagare una somma di denaro (a titolo di equa soddisfazione *ex art.41 Cedu*), ma non hanno alcuna possibilità d'indicare allo Stato

³⁵⁰ Cfr.A BARBERA,*Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*,cit. 118

quale provvedimento adottare al fine di rimuovere la lesione del diritto.

Da ultimo, rimane da prendere in considerazione la recente problematica sorta, in riferimento alla questione di stabilire il rango della Cedu nel nostro sistema delle fonti, in seguito alla nuova formulazione dell'art.117,co.1 Cost. (articolo così modificato in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione). In particolare, la dottrina si è posta il problema di stabilire se l'articolo in esame, laddove dispone che *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni (...) nel rispetto dei vincoli derivanti (...) dagli obblighi internazionali”*, abbia fatto, definitivamente, assurgere la Convenzione europea dei diritti a *parametro interposto di costituzionalità*. Al riguardo, si sono affermati quattro principali orientamenti dottrinali.

Parte della dottrina³⁵¹, ha affermato che il nuovo articolo 117 della Costituzione italiana, in riferimento alla questione di stabilire il rango della Cedu, non ha prodotto particolari effetti normativi; e ciò, perché, secondo tale orientamento, la disposizione in commento si sarebbe limitata a ribadire una serie di vincoli già presenti nel testo costituzionale.

Un altro orientamento dottrinale³⁵², invece, è giunto alla conclusione di ritenere che l'art. 117 Cost. avrebbe sancito, nei confronti del legislatore statale e regionale, un generale vincolo di rispetto di

³⁵¹ Cfr. C PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro.it.*, 2001, parte V

³⁵² Cfr V L S ROSSI, *Gli obblighi internazionali comunitari nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro.it.*, 2001

qualunque obbligo internazionale, generale o pattizio, anche se assunto senza il consenso parlamentare.

Per altra dottrina³⁵³, invece, l'art.117 Cost (così come modificato dalla riforma del Titolo V) diverrebbe, al pari dell'art.10, co.1, Cost. (laddove prevede che “*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*”) per il diritto internazionale generale, un *meccanismo di adattamento automatico* del diritto internazionale patrizio; in altri termini, secondo tale orientamento, tutti i trattati e tutti gli accordi, che costituiscono diritto internazionale patrizio, verrebbero, in forza del succitato art.117 Cost, recepiti automaticamente dal nostro ordinamento nazionale.

Da ultimo, va ricordato quell'orientamento dottrinale³⁵⁴ che ha abbracciato una c.d. “*tesi intermedia*”. Secondo tale dottrina, infatti, l'art.117 Cost. fa assurgere i vincoli derivanti dal diritto internazionale pattizio a parametro interposto di costituzionalità solo a due condizioni. In primo luogo, occorre che tali vincoli provengano dai tratti e non, in generale, da semplici accordi internazionali. In secondo luogo, è necessario che tali trattati siano stati ratificati (o abbiano, comunque, avuto esecuzione) da parte di una legge nazionale.

In base al succitato orientamento dottrinale, che a nostro avviso risulta- tra tutti- il più idoneo a rendere conto degli effetti innovativi dell' art.117 Cost (anche in considerazione del fatto che la soluzione da esso proposta è stata, recentemente, accolta dalla legge La

³⁵³ Cfr. A D'ATENA, *La nuova disciplina dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, 145

³⁵⁴ Cfr. A BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit. 120

Loggia³⁵⁵), pertanto, appare evidente che la Cedu, essendo stata recepita da una legge nazionale, rientra nella categoria di quelle norme di diritto internazionale pattizio divenute, in forza del art.117 Cost, veri e propri parametri interposti del giudizio di costituzionalità.

3. SINERGIE E CONFLITTUALITA' TRA CORTE DI GIUSTIZIA E CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

³⁵⁵ Si fa riferimento all'art.1 della l. 131/2003, la c.d legge La Loggia

Una ricerca che abbia ad oggetto l'articolata materia della tutela multilivello dei diritti fondamentali non può non affrontare, quanto meno per grandi linee, il complesso rapporto che intercorre tra la Corte di giustizia e la nostra Corte costituzionale in materia di protezione giurisdizionale dei diritti della persona.

Un aspetto interessante da evidenziare, come già autorevolmente sostenuto³⁵⁶, è che, in linea teorica, non dovrebbe esserci nessun dialogo tra il giudice comunitario e il Giudice delle leggi nazionale in materia di diritti umani. In altri termini, secondo tale orientamento, l'unica ipotesi di reciproca interferenza tra Corte di giustizia e Consulta dovrebbe verificarsi, solamente, nell'ipotesi di antinomia tra diritto comunitario e diritto interno; pertanto, se si accetta tale impostazione teorica, si deve prendere atto che, in linea di principio, non si può verificare un' antinomia tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale, in materia di diritti fondamentali, per il semplice fatto che i Trattati delle Comunità europee non li prevedono. A dimostrazione dell'assenza di norme comunitarie di rango primario volte a sancire un catalogo di diritti della persona, sia consentito ricordare, come già precedentemente detto nel corso del presente lavoro, che il riconoscimento comunitario dei diritti fondamentali si è realizzato, quasi unicamente, attraverso l'opera giurisprudenziale della Corte di giustizia che ha utilizzato, quale propria fonte d'ispirazione, le *tradizioni costituzionali comuni*. Ed inoltre, si consideri, al riguardo, che, come sostenuto da autorevole dottrina³⁵⁷, il giudice

³⁵⁶ Cfr. C. PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, cit.

³⁵⁷ Cfr. A. CLAPHAM, *Human Rights and European Community: A Critical Overview*, in *Baden-Baden*, 1991, 10ss

comunitario ha sempre agito, anche qualora abbia riconosciuto l'esistenza di diritti fondamentali, non tanto per la volontà di realizzare un sistema organico di tutela dei diritti della persona ma, piuttosto, per l'obiettivo "politico-economico" di accelerare il processo d'integrazione comunitaria. In altre parole, secondo tale orientamento, la Corte di giustizia, utilizzando l'artificio retorico delle "tradizioni costituzionali comuni", ha trovato il modo per sancire diritti fondamentali "ad hoc" (cioè, utili, di volta in volta, per facilitare il processo d'integrazione comunitaria), ma senza mai porsi il problema di dar vita, *iure pretorio*, ad un vero e proprio catalogo comunitario di diritti umani.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, quindi, si dovrebbe giungere alla conclusione che la materia dei diritti fondamentali dovrebbe costituire una sorta di "territorio neutro" in cui non si verifica alcuna interferenza tra giurisprudenza comunitaria e giurisprudenza costituzionale nazionale. Ma non è così.

Infatti, la Corte di giustizia ha cominciato a sganciarsi, sempre più frequentemente, dal diritto posto dai trattati, iniziando a dar vita ad una giurisprudenza creativa, basata sull'adozione di criteri teleologici e interpretazioni evolutive, che l'ha portata ad assumere, in materia di diritti fondamentali, la funzione di una vera e propria *Corte costituzionale comunitaria*; determinando, conseguentemente, un'inevitabile rivalità con i giudici costituzionali nazionali (prima, fra tutti, la Corte costituzionale italiana).

A conferma di quanto detto, si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la Corte di giustizia, forzando l'uso del parametro dei "principi generali

del diritto comunitario”, si è spinta a sindacare, in materia di diritti fondamentali, persino atti di diritto interno che disciplinavano fattispecie connesse al diritto comunitario. Emblematica, al riguardo, risulta essere la sentenza *Wachauf* del 1989³⁵⁸. In tale decisione, infatti, il giudice comunitario ha sancito il principio in base al quale le esigenze comunitarie relative ai diritti fondamentali costituiscono un vero e proprio vincolo (sul rispetto del quale, ovviamente, la Corte di giustizia può sindacare) nei confronti dell’attività di applicazione interna, da parte degli Stati membri, della disciplina comunitaria. È interessante notare come, in riferimento alla succitata decisione, parte della dottrina³⁵⁹ abbia trovato lo spunto per ribadire quella tesi secondo cui, attraverso l’interpretazione creativa della Corte di giustizia, i trattati comunitari si trasformeranno, in un futuro prossimo, in una vera e propria costituzione federale che implicherà (ed è questo l’aspetto che qui rileva maggiormente!), inevitabilmente, che il giudice comunitario assuma la funzione di Corte costituzionale comunitaria. Sempre in tale ottica va considerato, altresì, quell’autorevole orientamento dottrinale³⁶⁰ secondo cui la Corte di Lussemburgo, soprattutto in una prospettiva di futura entrata in vigore della Carta di Nizza (che costituirà il primo catalogo comunitario di diritti fondamentali), non potrà non porsi sulla medesima lunghezza d’onda delle Corti costituzionali nazionali, “*aumentando (conseguentemente) i rischi di diretta rivalità*”.

³⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia sent. *Wachauf*, causa 5/88 del 13 luglio 1989

³⁵⁹ Cfr. P STEIN. *Un nuovo diritto per l’Europa*, Milano, 1991, 107ss

³⁶⁰ Cfr CARTABIA-CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4489

Pertanto, innanzi a questa progressiva espansione del ruolo della Corte di giustizia in materia di diritti umani (tale, come si è detto, da far ipotizzare una sua potenziale equiparazione con i giudici costituzionali nazionali), la dottrina si è interrogata sul problema di stabilire se il processo d'integrazione comunitaria possa dar vita ad un fenomeno di *costituzionalizzazione giurisprudenziale del diritto comunitario* in materia di diritti fondamentali .

A tale quesito, parte della dottrina³⁶¹ ha risposto affermativamente. Nello specifico, secondo tale orientamento, è legittimo, infatti, ritenere che i principi che il giudice comunitario ha sancito in materia di diritti fondamentali abbiano acquistato *valore costituzionale*; e ciò, perché tali principi costituirebbero il risultato di una interazione reciproca di valori nazionali e comunitari che si è realizzata in forza delle reciproche influenze delle giurisprudenze. A conferma di quanto detto, si faccia riferimento a quell'ulteriore orientamento dottrinale³⁶² che ha prospettato la possibilità, proprio attraverso l'elaborazione - da parte della Corte di Giustizia - di principi strutturali in materia di diritti fondamentali, di dar vita ad una vera e propria *costituzione materiale europea*.

Viceversa, altra autorevole dottrina è giunta alla conclusione di escludere che si possa parlare, quanto meno attualmente, di una *costituzionalizzazione del diritto comunitario* in materia di diritti fondamentali, sulla base di due ordini di considerazioni.

³⁶¹ Cfr P HÄBERLE, *Derecho constitucional comun europeo*, in *Revista de estudios politicos* ,1993, 11 ss; J F FLAUSS, *Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution et de l'orde européen*, in *Les Petites Affiches*, n.52,1993,8ss

³⁶² M L FERNANDEZ ESTEBAN, *La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di costituzione europea*, in *Rivista*, 1996,221

In primo luogo, secondo tale orientamento³⁶³, l'attuale sistema comunitario non presenta un grado di evoluzione tale da poter essere definito, da parte dell'interprete, attraverso l'utilizzo delle tradizionali categorie del diritto costituzionale (si fa riferimento, nello specifico, al concetto di: *giustizia costituzionale, stato di diritto costituzionale, federalismo*)

In secondo luogo, la dottrina³⁶⁴ in esame evidenzia come l'Unione europea ,da un punto di vista strettamente organizzativo, non sia equiparabile, sebbene presenti alcuni caratteri comuni, allo Stato federale o alla confederazione di Stati.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, è possibile, pertanto, comprendere perché, a partire dagli anni settanta, i giudici costituzionali nazionali (e primo, fra tutti, il Giudice delle leggi italiano) hanno iniziato, innanzi al ruolo sempre più preponderante che la Corte di giustizia ha cominciato ad assumere nella tutela dei diritti della persona, a porre delle significative resistenze al *processo d'integrazione comunitaria* in materia di diritti fondamentali³⁶⁵.

In particolare la Consulta, seppur ha riconosciuto il contributo fornito dalla Corte di giustizia in materia di protezione dei diritti fondamentali (riconoscendo lo sforzo ermeneutico del giudice comunitario che, attraverso il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, ha attribuito ai diritti della persona il valore di *principi generali del*

³⁶³ Cfr V CONSTANTINESCO, *L'Émergence du droit constitutionnel européen*, in *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, n.11-12,1995,445

³⁶⁴ Cfr V G De VERGOTTINI, *Lo stato federale:precedenti, sviluppi, e tendenze*, in A BARBERA-L CALIFANO, *Saggi e materiali di diritto regionale*, Rimini,1997,349

³⁶⁵ Per una attenta analisi delle opposizioni, da parte dei giudici costituzionali nazionali, ad una piena adesione, soprattutto in materia di dritti fondamentali, al diritto comunitario cfr.B De WITTE, *Sovereignty and European Integration : The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht Journal*, n.2,1995,145

diritto comunitario); tuttavia, ha criticato il sistema comunitario di tutela dei diritti umani sulla base di due profili : l'inidoneità della *natura* di tale sistema di protezione e l'assenza di *effettività*.

Sotto il primo profilo, il Giudice delle leggi ha criticato, principalmente, il fatto che il sistema di protezione comunitario dei diritti fondamentali, in quanto basato esclusivamente su principi giurisprudenziali, presenta, non avendo alcun rigido fondamento normativo, una *natura* "troppo fragile".

Per quanto attiene al secondo profilo, la mancanza di *effettività* del sistema di protezione comunitario dei diritti della persona, come sostenuto da autorevole dottrina³⁶⁶, deriverebbe dal fatto che non si è ancora affermata, a livello comunitario, una consolidata prassi di annullamento degli atti comunitari per violazione dei diritti fondamentali.

Una volta fatte le suesposte considerazioni preliminari, occorre, per poter comprendere quale sia stato l'atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale italiana rispetto all'attività della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali, analizzare il rapporto tra le due Corti da due particolari punti di vista: in primo luogo, bisogna prendere in considerazione l'orientamento che la Consulta ha accolto in riferimento all'ipotesi che si verifichi un'antinomia tra diritto comunitario e diritto interno³⁶⁷; in secondo luogo, è necessario verificare se tale orientamento della giurisprudenza costituzionale muta in ragione del fatto che l'antinomia non riguarda più una norma

³⁶⁶ Cfr A TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'UE*, in *Foro.it*, 1995, IV, 13

³⁶⁷ Per un'attenta analisi dei rapporti tra norme comunitarie e norme interne cfr. . R BING PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, cit. 341ss

comunitaria ed una norma nazionale ,ma una norma comunitaria ed un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale.

Ma andiamo con ordine.

Per quanto attiene al profilo del contrasto tra diritto comunitario e diritto interno, il problema che è stato posto all' attenzione del Corte costituzionale è stato quello di stabilire quale normativa debba essere applicata dal giudice comune qualora si verifichi un contrasto tra una norma comunitaria e una norma interna. Al riguardo, la Consulta è giunta alla conclusione di accettare il principio del *primato del diritto comunitario* sul diritto interno a seguito di una travagliata evoluzione giurisprudenziale, durata più di un quarantennio, che può (a fini espositivi) essere divisa in quattro fasi principali.

La prima fase del succitato processo giurisprudenziale è stata scandita dalla sentenza n. 14/1964³⁶⁸; con tale decisione, infatti, il Giudice delle leggi ha affermato il principio in base al quale il giudice comune, in caso di eventuale contrasto tra norma comunitaria e norma nazionale, avrebbe dovuto applicare il tradizionale criterio cronologico. Nello specifico, la Consulta, per giungere alla suesposta conclusione, è partita dal presupposto di sancire la *pariordinazione* dei regolamenti europei alle fonti nazionali di rango primario; pertanto, il Giudice delle leggi, una volta attribuito a tali norma comunitarie il medesimo rango della legge formale ordinaria, non ha avuto difficoltà ad invocare, quale criterio di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e nazionale, il tradizionale criterio “*lex posterior derogat legi priori*”.

³⁶⁸ Cfr. Cort. Cost. sent.14/1964

La seconda fase dell'evoluzione giurisprudenziale in commento è stata inaugurata dalla sentenza n.183/1973³⁶⁹. In tale decisione il Giudice delle leggi sancisce tre punti fondamentali.

In primo luogo, la Corte ribadisce che i regolamenti comunitari sono norme dotate non solo di forza e valore di legge ma, altresì, di *diretta applicabilità* nell'ordinamento interno.

In secondo luogo, afferma, per la prima volta, il principio del *primato* del diritto comunitario sulle norme nazionali interne (anche successive alla norma comunitaria).

In terzo luogo (ed è questo l'aspetto che qui rileva maggiormente!), la Corte costituzionale riconosce ad essa stessa il compito di garantire la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ritenendosi competente a dichiarare, per violazione indiretta dell'art.11 Cost., l'illegittimità costituzionale della norma interna difforme.

Il passaggio alla terza fase ha avuto inizio quando la Consulta, al fine di rispondere alla decisione *Simmenthal*³⁷⁰ del 1978 della Corte di giustizia, ha pronunciato la famosa sentenza n. 170/1984³⁷¹ (c.d. La

³⁶⁹ Cfr. Cort. Cost. sent n.183/1973

³⁷⁰ Cfr. Corte di giustizia sent. *Simmenthal* del 9 marzo 1978, causa 107/1977

³⁷¹ Cfr. Cort. Cost. sent n. 170/1984. Tale sentenza ha deciso una controversia originata dal giudizio promosso dal Tribunale di Genova che ha censurato, in riferimento all'art.11 Cost., l'art.3 del d.P.R. 22 settembre 1978,n.695(avente ad oggetto le “Modificazioni alle disposizioni preliminari della tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica Italiana”), così testualmente formulato: “*La norma di cui al punto 2,secondo comma, dell'art.6, delle disposizioni preliminari della tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica italiana, quale risulta modificata con l'art.1 del presente decreto, ha l'effetto dall'11 settembre 1976*”. Nello specifico, secondo il giudice a quo la violazione indiretta dell'art.11 Cost. è stata causta dal fatto che la norma censurata avrebbe determinato una violazione delle seguenti norme comunitarie: a) il principio, consacrato nell'art.189 del Trattato di Roma, della efficacia immediata dei regolamenti emessi dagli organi della CEE. E ciò perché, secondo la giurisprudenza della Corte , qualsiasi trasformazione o ricezione del diritto comunitario nel diritto interno, ancorché operata mediante norme di carattere meramente riproduttivo, risulterebbe incompatibile con l'automatica applicabilità della produzione giuridica derivata dal Trattato, e ne

Pergola, dal nome del suo relatore). La rilevanza di tale decisione sta nel fatto che con essa il Giudice delle leggi, sebbene ribadisca il primato del diritto comunitario sul diritto interno, cambia completamente prospettiva rispetto al precedente orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia (si fa riferimento, in particolare, alla sentenza n.183/1973); e, inoltre, fissa alcuni punti fondamentali che costituiscono, ancora oggi, dei capisaldi della disciplina avente ad oggetto i rapporti tra ordinamento comunitario e quello nazionale.

Un primo aspetto fondamentale della decisione in esame riguarda il fatto che con essa la Consulta accoglie una *concezione dualista* dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno; in altre parole, la Corte sancisce il principio in base al quale il sistema giuridico comunitario ed il nostro ordinamento costituzionale “*sono configurati come **autonomi e distinti**, ancorché **coordinati**, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato*”³⁷². A conferma ulteriore di quanto detto, si consideri quella parte della motivazione in cui si afferma che “*(...) l’ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall’aver la legge di esecuzione del Trattato*

sottrarrebbe indebitamente l’interpretazione alla Corte del Lussemburgo, alla quale spetta ex art.177 del Trattato, la cognizione delle questioni pregiudiziali interpretative, necessaria e fondamentale garanzia dell’applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli Stati membri.

b)l’art.177 del Trattato. Tale norma si considera lesa anche in considerazione del fatto che la norma censurata confligge con il regolamento comunitario come interpretato dalla Corte di Lussemburgo, e così incide sul vincolo scaturente da tale pronunzia per qualsiasi giudice nazionale.

³⁷² cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n. 170/1984; punto 4

*trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art.11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate*³⁷³.

Una volta chiarito il rapporto tra i due ordinamenti giuridici, la Consulta, nella decisione in commento, prende in esame il problema dell'eventuale antinomia tra norma comunitaria e norma interna. Ciò che qui rileva evidenziare è il fatto che il Giudice delle leggi, al fine di riconoscere il primato della normativa comunitaria, abbandona la soluzione accolta nella sentenza 183/1973 (che prevedeva che fosse la Corte stessa a dichiarare l'illegittimità della norma interna difforme per violazione indiretta dell'art.11 Cost.) e affida il compito di garantire la prevalenza dell'ordinamento comunitario al “potere-dovere” di *disapplicazione* del giudice comune. È interessante notare come la Consulta giunga alla suesposta conclusione attraverso un *iter* logico-giuridico scandito, principalmente, da tre passaggi logici. Innanzitutto, la Corte riconosce al giudice comune un “potere-dovere” di effettuare un sindacato diffuso di conformità, ai trattati e alle norme comunitarie direttamente applicabili, del diritto interno.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi precisa che l'effetto prodotto dal diritto comunitario direttamente applicabile non è quello di *caducare* la norma interna difforme ma, semmai, d'*impedire* che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia (cioè, la norma comunitaria determina la *disapplicazione* della norma interna). A conferma di quanto detto, si faccia riferimento a quella parte della motivazione, della decisione in esame, in cui la Consulta dichiara,

³⁷³ *Ibidem, ad finem*

espressamente, che *“il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L’effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell’accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall’abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all’ interno dello stesso ordinamento statuale, e ad opera delle sue fonti”*³⁷⁴.

Infine (ed è questo il terzo passaggio logico della motivazione), una volta affermato il dovere di disapplicazione del giudice comune, la Corte precisa che, comunque, rimane competente nel dichiarare l’illegittimità costituzionale delle leggi statali volte ad impedire l’osservanza del Trattato in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi.

La quarta fase dell’evoluzione giurisprudenziale in commento è stata caratterizzata da una serie di pronunce che hanno segnato da un lato, un recupero, da parte della Corte, di alcune sue competenze e dall’altro, una leggera attenuazione della *concezione dualistica* degli ordinamenti. A dimostrazione di quanto detto, si prenda in considerazione quell’orientamento giurisprudenziale³⁷⁵, affermatosi nella fase in esame, volto a riaffermare la competenza della Consulta nel sindacare leggi regionali e statali che, in quanto difformi dal diritto comunitario, siano state impugnate in via principale. Ed ancora, si

³⁷⁴ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n. 170/1984; punto 5

³⁷⁵ Cfr. Cort. Cost. sent n.384/1994; sent.94,482,520/1995

pensi a quelle pronunce³⁷⁶ con cui la Corte ha attribuito al diritto comunitario la funzione di “orientare” l’interpretazione del diritto nazionale.

Alla luce dell’analisi sin qui svolta³⁷⁷, è possibile, adesso, cercare di comprendere quali sono gli elementi che caratterizzano il sistema attraverso cui la Corte costituzionale, attualmente, garantisce il primato del diritto comunitario. Al riguardo, occorre precisare, fin da subito, che il Giudice delle leggi, al fine di garantire la prevalenza delle norme comunitarie, fa una distinzione tra l’ipotesi in cui la norma interna difforme sia suscettibile di un giudizio di legittimità costituzionale *in via incidentale* e l’ipotesi in cui la norma nazionale - in contrasto con il diritto comunitario - sia suscettibile di sindacato di costituzionalità *in via principale*.

Per quanto attiene al primo profilo, come già detto, la Corte garantisce il primato delle fonti comunitarie attraverso un *sistema di disapplicazione*. In altri termini, il Giudice delle leggi ritiene impossibile esercitare l’ordinario giudizio di costituzionalità sulla legge nazionale difforme e, quindi, riconosce, in capo al giudice comune, il dovere di non dare applicazione alla norma interna contrastante³⁷⁸.

³⁷⁶ Cfr. Cort. Cost. sent n.190/2000

³⁷⁷ Oltre alle sentenze succitate, vanno ricordate ulteriori importanti pronunce della Consulta in cui è stato progressivamente affermato il principio del primato del diritto comunitario cfr. Cort. Cost. sentt. n.64/1990; n. 168/1991 (in cui è stata riconosciuta la diretta applicabilità delle direttive comunitarie sufficientemente precise e incondizionate); sentt. n.113/1985; n.389/1989 (in cui è stata riconosciuta la diretta applicabilità delle sentenze interpretative e dichiarative d’inadempimento della Corte di giustizia)

³⁷⁸ La dottrina ha fortemente criticato l’impostazione teorica della Corte in riferimento al fatto che essa ha distinto il concetto di *non applicabilità* dai tradizionali vizi delle norme interne cfr.A RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent.170/1984, in tema di rapporti fra ordinamento comunitario e*

Viceversa, se l'antinomia riguarda una norma nazionale oggetto di una questione di legittimità sollevata in via principale, la Corte si ritiene competente a dichiarare l'incostituzionalità della norma difforme dal diritto comunitario allo scopo, come sostenuto dalla Consulta stessa³⁷⁹, di garantire il pieno e corretto adempimento degli obblighi comunitari in base all'art.5 del Trattato e all'art.11 Cost. D'altronde, è intuibile la *ratio* che ha spinto la Corte a riconoscersi competente ad intervenire solo nel caso in cui l'antinomia, tra diritto interno e diritto comunitario, riguardi un'ipotesi di giudizio di costituzionalità in via d'azione; infatti, al contrario del giudizio *in via incidentale*, nel procedimento in *via principale* manca il giudice *a quo* volto ad esercitare il potere-dovere di applicazione che dovrebbe assicurare la prevalenza della norma comunitaria. È interessante notare, come sostenuto da autorevole dottrina³⁸⁰, che nell'ipotesi di giudizio di legittimità in via d'azione la Corte, nel momento in cui dichiara l'incostituzionalità della norma interna difforme al diritto comunitario, agisce (di fatto), sebbene ribadisca la netta distinzione dei due ordinamenti, come un vero e proprio "agente" del diritto comunitario che si fa garante, all'interno di un sistema giuridico integrato, della prevalenza del diritto dell'Unione.

Le osservazioni sin qui svolte hanno cercato, quanto meno nelle linee essenziali, d'individuare i profili più rilevanti dell'atteggiamento che la Consulta ha assunto in riferimento alle antinomie tra diritto interno

ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica ?, in *Giur. cost.*, 1991, 1616

³⁷⁹ Cfr. Cort. Cost. sent. n.384/1994; sent. 94,482,520/1995, cit.

³⁸⁰ Cfr. R.BIN, *All'ombra della "La Pergola". L'impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, 271ss.

e diritto comunitario. Il discorso cambia radicalmente nel caso in cui il conflitto riguardi una norma comunitaria e un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale.

Infatti, il Giudice delle leggi, in seno alle medesime sentenze che hanno contribuito ad affermare il primato del diritto comunitario sul diritto interno, ha più volte ribadito la sua competenza ad intervenire nel caso in cui una norma del diritto dell'Unione comporti una lesione dei principi fondamentali del nostro ordinamento. In tal senso, ad esempio, si prenda in considerazione la (già citata) sentenza 183/1973; in questa decisione, infatti, la Corte dichiara espressamente la sua competenza nel sindacare la legittimità delle norme comunitarie, suscettibili di venire in rilievo all'interno del suo giudizio, ogni qual volta esse possano “*violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale , o i diritti inalienabili della persona umana*”³⁸¹. Ed ancora, si consideri la motivazione della sentenza n.170/1984 nella parte in cui si afferma che “(le argomentazioni volte ad affermare il primato dell'ordinamento comunitario ed il compito esclusivo del giudice comune di dirimere i contrasti tra norme interne e comunitarie) *non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte . Questo Collegio ha, nella sentenza n.183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana(...)*³⁸²”. In altri termini, la

³⁸¹ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n. 183/1973; punto 9

³⁸² Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n. 170/1984; punto 7

Corte costituzionale, innanzi a questa evoluzione giurisprudenziale volta ad affermare il principio del primato del diritto comunitario, ha dato vita (come contrappeso), al fine di ribadire il principio in base al quale spetta sempre al Giudice Costituzionale proferire l’“ultima parola” in materia di principi supremi dell’ordinamento nazionale, alla c. d. *teoria dei controlimiti*. Nello specifico, secondo tale teoria, il Giudice delle leggi può intervenire ogni volta che una norma comunitaria sia in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, attraverso lo strumento indiretto della dichiarazione d’incostituzionalità della legge nazionale che da esecuzione al trattato.

A tal proposito, sembra opportuno ricordare che la Consulta, sebbene abbia fatto ricorso alla teoria dei controlimiti esclusivamente in due casi³⁸³, ha pronunciato una serie di sentenze volte a definire, sempre meglio, l’ambito di operatività della teoria in esame.

Si faccia riferimento, ad esempio, alla sentenza n.232/1989³⁸⁴. In tale decisione, infatti, la Corte, nel riaffermare la propria competenza a sindacare la conformità (ai principi supremi del nostro ordinamento) di qualunque norma del Trattato comunitario così come interpretato ed applicato dalle istituzioni comunitarie, ribadisce due punti fondamentali: in primo luogo, chiarisce che la dichiarazione d’incostituzionalità della legge nazionale di esecuzione non è altro che

³⁸³ Si fa riferimento alle sentenze: cfr. Cort. Cost. sent. n.1146/1988; sent. 232/1989 (In tale decisione la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla potenziale violazione del diritto fondamentale alla difesa, sancito dall’art.24Cost., ad opera dell’art.177 delTCE; la norma comunitaria, infatti, consente alla Corte di giustizia di limitare l’efficacia *ex tunc* della dichiarazione di invalidità di un regolamento comunitario fino al punto da renderla inoperante nel giudizio pendente davanti al giudice nazionale).

³⁸⁴ Cfr. Cort. Cost. sent. n 232/1989

uno strumento indiretto (la Corte parla, al riguardo, di “*parametro meramente interposto*”) per estendere il controllo di costituzionalità a tutte le norme di diritto comunitario (anche derivate); in secondo luogo, precisa che, nel caso di dichiarazione d’illegittimità costituzionale della legge nazionale di esecuzione, la normativa comunitaria diviene immediatamente inapplicabile all’ordinamento interno. Alla luce di tale decisione, appare evidente, come già sostenuto³⁸⁵, come la Consulta, attraverso il ricorso alla teoria dei controlimiti, riesca a traslare il raggio d’azione del proprio sindacato dall’attività del legislatore nazionale a quella delle istituzioni comunitarie (legislative e giurisdizionali).

La teoria dei controlimiti viene ulteriormente precisata nella sentenza n. 509/1995³⁸⁶. Con questa decisione, il Giudice delle leggi si è pronunciato su una questione di legittimità costituzionale sollevata, da parte della Corte di Cassazione, in via incidentale e in relazione ad un regolamento del Consiglio dell’Unione europea. La Consulta, nel dichiarare la questione inammissibile, motiva la propria decisione sostenendo che il giudice *a quo* avrebbe dovuto, prima di sollevare la questione di costituzionalità, sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di verificare se il regolamento in questione fosse stato adottato in violazione dei principi generali del diritto comunitario (tra cui vi rientrano i diritti fondamentali). La *ratio* di tale motivazione, secondo la Corte, consisterebbe nel fatto che il giudice *a quo*, interpellando preliminarmente il giudice comunitario, avrebbe potuto ottenere la dichiarazione d’invalidità della norma

³⁸⁵ Cfr M CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit.

³⁸⁶ Cfr Cort. Cost. sent. n. 509/1995, in *Foro.it*, 1996, I, 784

comunitaria “in via diretta” (cioè, dichiarata sulla base di parametri normativi comunitari - quali, appunto, i diritti fondamentali intesi come principi di diritto comunitario-), evitando, quindi, di dover censurare la norma comunitaria - contraria ai principi supremi del nostro ordinamento - indirettamente (e cioè, attraverso la dichiarazione d’incostituzionalità della legge nazionale di esecuzione del trattato). Ciò che in questa sede rileva maggiormente, al di là della soluzione del caso di specie, è evidenziare come la Corte, attraverso la pronuncia in commento, abbia sancito due punti fondamentali.

In primo luogo, il Giudice delle leggi riafferma l’esistenza dei *controlimiti* al diritto comunitario. In particolare la Consulta, sebbene riconosca che i diritti fondamentali costituiscono principi generali del diritto comunitario, precisa come tra il livello di tutela comunitario (cioè quello relativo ai diritti fondamentali così come ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni) e quello costituzionale (cioè relativo ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale) non ci sia coincidenza; spettando, pertanto, alla Consulta la competenza esclusiva nel sindacare una, eventuale, violazione dei principi supremi.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi, attraverso la decisione in commento, fornisce al giudice comune una vera e propria avvertenza processuale. In altre parole, la Corte avverte il giudice *a quo* del suo onere, qualora si trovi innanzi ad una norma comunitaria lesiva di diritti fondamentali, di adire, prima ancora della Consulta, la Corte di giustizia, al fine di verificare, preliminarmente, se la norma in questione sia conforme al diritto dei Trattati (che comprende il

riconoscimento dei diritti fondamentali); pertanto, solo nel caso in cui il giudice comunitario confermi la validità della norma comunitaria, il giudice comune potrà, al fine di valutare la compatibilità della norma con i principi supremi dell'ordinamento, sollevare la questione innanzi alla Consulta.

È evidente che la *ratio* sottesa alla decisione appena analizzata sia rappresentata dalla volontà del Giudice delle leggi di evitare, qualora dovesse essere chiamato a giudicare (seppur indirettamente) su una norma comunitaria, l'onere di dover, essa stessa, adire, direttamente, la Corte di giustizia per verificare se la norma comunitaria sia conforme al Trattato. Tuttavia, come sostenuto da autorevole dottrina³⁸⁷, la scelta, della Consulta, di “scaricare” in capo al giudice comune la c.d. pregiudiziale comunitaria può determinare delle contraddizioni. Nello specifico, infatti, la pregiudiziale comunitaria mal si concilierebbe, secondo tale orientamento, con la circostanza che il giudice ordinario mentre ha *l'obbligo* di sollevare eccezione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale (nei confronti di norme ritenute incostituzionali), ha solo una *mera facoltà* di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo.

Il succitato orientamento della giurisprudenza costituzionale trova piena conferma nell'ordinanza n.536 del 1995³⁸⁸. In tale decisione, in primo luogo, la Corte costituzionale ribadisce l'onere del giudice comune, nel caso in cui si trovi innanzi ad una norma comunitaria

³⁸⁷ Cfr. A BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit. 114

³⁸⁸ Cfr. Cort. Cost. ord. n.536/1995. Conformi cfr. Cort. Cost. ord. n.319/1996; sent. n.399/1998; sent. n. 342/1999

potenzialmente lesiva dei diritti fondamentali, di ricorrere alla “pregiudiziale comunitaria”.

Ma l’aspetto più rilevante della pronuncia in esame riguarda il fatto che la Consulta, proprio in ragione della volontà di sottrarsi a qualunque rapporto di dipendenza con la Corte di giustizia, nega di poter essere considerata “*autorità giudiziaria*” ai sensi dell’art.177 del Trattato CE e, pertanto, nega di doversi rivolgere, preliminarmente, al giudice comunitario per sapere quale interpretazione della norma sia conforme al diritto dell’Unione. E’interessante notare come il Giudice delle leggi, al fine di motivare tale decisione, abbia affermato il principio secondo cui la funzione svolta dalla Consulta non può essere considerata giurisdizionale in quanto, essendo volta a realizzare “*la suprema garanzia dell’osservanza della Costituzione*”, non è, in alcun modo, equiparabile all’attività svolta dai giudici comuni ordinari o speciali.

La suesposta motivazione è stata oggetto di numerose critiche, da parte della dottrina, volte ad evidenziare come il rifiuto della Consulta di considerarsi “autorità giurisdizionale” *ex art.177 TCE* determini, inevitabilmente, una serie di conseguenze negative che comportano un appesantimento (soprattutto, in materia di diritti fondamentali) del sistema di tutela nazionale .

Secondo un orientamento dottrinale³⁸⁹, ad esempio, la scelta, da parte della Corte, di richiedere al giudice *a quo*, preliminarmente rispetto al processo costituzionale, l’esperimento della pregiudiziale comunitaria è causa di un ingiustificato allungamento dei tempi del processo, a

³⁸⁹ Cfr. A BARONE, nota alla sentenza: Cort. cost. sent.18 dicembre 1995, n.509, in *Foro.it*, 1996,I, 789

danno di una maggiore effettività della tutela (che dovrebbe essere l'unico obiettivo da perseguire, soprattutto, in riferimento ai diritti umani). Ed ancora, si consideri quella parte della dottrina³⁹⁰ secondo cui la Corte, negando - al fine di porre una netta distinzione tra il controllo di costituzionalità (di competenza esclusiva del Giudice delle leggi) e il controllo di legalità comunitaria(di competenza esclusiva della Corte di giustizia) - di essere un' "autorità giurisdizionale" *ex art.177 TCE*, ha determinato due conseguenze negative:in primo luogo, si è mostrata totalmente insensibile in riferimento a tutte quelle, sempre più numerose, ipotesi in cui si è verificata una stretta interferenza delle competenze del giudice costituzionale e del giudice comunitario; in secondo luogo, ha, spesso, messo in difficoltà il giudice *a quo* che, in tali circostanze, si è trovato nella "imbarazzante" condizione di dover decidere quale pregiudiziale avesse la precedenza.

Una volta preso atto del travagliato percorso giurisprudenziale che ha condotto la Corte ad affermare, al contempo, il primato del diritto comunitario e la teoria dei *controlimiti* , e dopo aver riscontrato la volontà del Giudice delle leggi di "scaricare" l'onere della *pregiudiziale comunitaria* esclusivamente sul giudice comune, sembra opportuno fare un' ultima considerazione.

Nello specifico, bisogna prendere atto che la Corte costituzionale, in materia di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, ha dato vita (attraverso il riconoscimento del primato del diritto comunitario,della teoria dei *controlimiti*, del potere-dovere di disapplicazione del

³⁹⁰ Cfr. VM CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro.it*,1997, V, 222

giudice *a quo* , dell'onere della pregiudiziale comunitaria preliminare al processo di costituzionalità) ad un sistema di controllo che sarà *diffuso* nel caso di contrasto tra norma comunitaria e norma interna; e, viceversa (ed è questo il caso che qui interessa maggiormente), sarà *accentrato* nel caso di contrasto tra norma comunitaria e diritti fondamentali. In altri termini, il sistema di controllo è *diffuso* per quanto concerne la corretta applicazione della normativa comunitaria da parte delle autorità nazionali; e ciò, perché spetta al giudice comune valutare, di volta in volta, la conformità della norma nazionale al diritto comunitario e, eventualmente, disapplicarla.

Viceversa, laddove ci sia un'antinomia tra norme comunitarie e diritti fondamentali, il sistema di controllo diventa di tipo *accentrato*; e ciò, perché il giudice comune, trovandosi innanzi ad una norma comunitaria potenzialmente lesiva di un diritto fondamentale, avrà in primo luogo, l'onere di adire la Corte di Lussemburgo per verificare la conformità della norma in questione con i principi generali del diritto comunitario (che inglobano, anche, i diritti della persona) e in secondo luogo, dovrà, nel caso in cui il giudice comunitario abbia ritenuto la norma conforme al diritto dei Trattati, adire la Consulta al fine di verificare se la norma comunitaria sia compatibile con i principi supremi del nostro ordinamento.

4. IL COMPLESSO RAPPORTO TRA LA CORTE DI STRASBURGO E LA CORTE DI LUSSEMBURGO

Un aspetto fondamentale da prendere in considerazione, ai fini della presente ricerca, è quello di comprendere che tipo di relazioni intercorrano, in materia di tutela dei diritti umani, tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo.

Al riguardo, appare necessario precisare, preliminarmente, che le due Corti in commento, come sostenuto da autorevole dottrina³⁹¹, non dovrebbero, quanto meno in linea teorica, esercitare nessuna influenza reciproca in materia di diritti fondamentali; e ciò, perchè la Corte di Strasburgo (che trae legittimazione dalla Convenzione di Roma del 1950) e la Corte di Lussemburgo (che trae legittimazione dal Trattato di Roma del 1957) sono state create, in principio, per realizzare obiettivi completamente diversi. Infatti, la Corte europea dei diritti è stata concepita, fin dall'inizio, come un vero e proprio “tribunale delle libertà”; cioè un giudice dei diritti che ha il compito di tutelare, sebbene in via sussidiaria rispetto agli organi giurisdizionali nazionali, i diritti e le libertà fondamentali sancite dalla Cedu.

Viceversa, la Corte di giustizia è sorta non come un giudice dei diritti (cioè, come un organo giurisdizionale volto a proteggere situazioni soggettive giuridiche individuali) ma, semmai, come un giudice di legalità; nello specifico, infatti, la Corte di Lussemburgo ha, da sempre, esercitato la funzione di controllo sulla conformità degli atti comunitari al diritto dei Trattati (che, al di fuori delle quattro libertà fondamentali, non prevedono diritti).

Tuttavia, come già precedentemente analizzato nel presente lavoro³⁹², l'inarrestabile processo d'integrazione comunitaria, soprattutto in materia di diritti fondamentali, e l'attività creativa della giurisprudenza comunitaria (che ha iniziato, *iure pretorio*, ad

³⁹¹ Cfr.C PINELLI, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*,cit.

³⁹² In riferimento al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario, e in riferimento al ruolo sempre più rilevante che la Corte di giustizia ha cominciato a svolgere in materia v.*supra* CAPII

individuare una serie di diritti fondamentali) ha dato vita ad un *doppio sistema di tutela europeo dei diritti fondamentali*.

Alla luce di quanto suesposto, si comprende, pertanto, perché la coesistenza di due giudici europei abbia, in alcune circostanze, generato contrasti e disfunzioni nell'ambito della protezione dei diritti della persona.

Una prima frizione tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo si è verificata, ad esempio, in relazione alla necessità, da parte dei giudici europei, di stabilire, ermeneuticamente, il contenuto esatto e i limiti di alcuni diritti. Esempio emblematico di quanto appena detto è rappresentato dal contrasto interpretativo, tra giudice europeo e giudice comunitario, sorto in riferimento al diritto alla *libertà d'informazione*. Nello specifico, è stato posto, all'attenzione di entrambe le Corti, il problema di stabilire se un divieto volto ad impedire che vengano fornite informazioni su cliniche che praticano l'interruzione della gravidanza possa essere considerato lesivo del diritto alla libertà d'informazione. Ebbene, ciò che qui rileva evidenziare è che le due Corti sono giunte a conclusioni diametralmente opposte. Infatti, la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Door y Dublin Well Woman* del 1992³⁹³, ha affermato che il divieto in esame è da considerarsi lesivo della Cedu, in quanto fonte di una compressione sproporzionata del diritto alla libertà d'informazione

³⁹³ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Door y Dublin Well Woman c. Irlanda* del 29 ottobre 1992

Viceversa, la Corte di giustizia, nella sentenza *Society for the protection of unborn children* del 1991³⁹⁴, ha sostenuto, accogliendo una soluzione completamente opposta a quella affermata dalla Corte europea dei diritti, che il divieto in commento non costituirebbe alcuna compressione “irragionevole” (e quindi sproporzionata) della libertà d’informazione.

Ed ancora, si faccia riferimento a quel contrasto interpretativo, tra giudice europeo e giudice comunitario, sorto in riferimento al *diritto all’ inviolabilità del domicilio*; e , in particolare, relativamente al problema di stabilire se tale diritto possa essere, altresì, riconosciuto alle persone giuridiche. A tale quesito la Corte dei diritti, con la famosa sentenza *Niemietz* del 1992³⁹⁵, ha risposto affermativamente. Al contrario, il giudice comunitario ha escluso, nella sentenza *Hoechst*³⁹⁶, che le persone giuridiche possano essere considerate titolari del *diritto all’ inviolabilità* del domicilio.

Un’altra causa di frizione tra le due Corti è stata determinata dalla attività d’interferenza, sempre maggiore, che la Corte di Strasburgo ha cominciato ad esercitare sulla sfera di tutela comunitaria dei diritti fondamentali. In realtà, tale attività d’ingerenza della Corte dei diritti rappresenta una novità, posto che, tradizionalmente, le due Corti hanno tentato di mantenere un’assoluta separazione delle competenze reciproche. Al riguardo, infatti, bisogna considerare che, fino alla fine degli anni novanta, la prassi della Commissione europea dei diritti

³⁹⁴ Cfr Corte di giustizia, sent. *Society for the protection of unborn children* del 4 ottobre 1991

³⁹⁵ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Niemietz* del 16 dicembre 1992.

³⁹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sent 21 settembre 1989, cause riunite C 46/87 e C 227/88, *Hoechst*, cit.

dell'uomo è sempre stata costante nel negare la competenza degli organi della Cedu a sindacare eventuali violazioni dei diritti fondamentali determinate da atti comunitari (o statali ma in attuazione del diritto comunitario).A dimostrazione di quanto appena detto, si faccia riferimento alle numerose decisioni con cui la Commissione europea dei diritti umani, essendo stata adita per la violazione di diritti della persona ad opera di atti comunitari, ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per *manifesta infondatezza*³⁹⁷, per incompetenza degli organi della Cedu *ratione personae*³⁹⁸ (in base alla considerazione che la Comunità europea non è parte contraente della Cedu) e *ratione materiae*³⁹⁹, o per mancato esaurimento dei ricorsi interni⁴⁰⁰ (sostenendo, cioè, che il cittadino europeo, proprio in forza del principio del “previo esaurimento dei ricorsi interni”, non può “bypassare” il giudice comunitario e rivolgersi direttamente agli organi della Cedu). Ebbene, la suesposta tendenza degli organi della Cedu, che li aveva portati ad evitare qualunque tipo d'interferenza con le istituzioni comunitarie, subisce una drastica “inversione di marcia” con la famosa sentenza *Matthews* del 1999⁴⁰¹; che, pertanto, rappresenta il primo caso d'ingerenza della Corte di Strasburgo in

³⁹⁷ Cfr . Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *X. c. Olanda* del 6 febbraio 1967; Decisione d'inammissibilità *X. c. Belgio* del 3 febbraio 1970

³⁹⁸ Cfr . Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *Confédération Française Démocratique du Travail c. Francia* del 10 luglio 1978 (In tale decisione la Commissione ha respinto il ricorso per tre motivi:a) perché la Comunità non è parte contraente della Cedu; b) perché il ricorso era diretto contro il Consiglio delle Comunità europee che non è un organo che fa parte della Cedu ;c) perché la Francia non aveva ancora, in quel momento, riconosciuto la competenza della Corte europea dei diritti).

³⁹⁹ Cfr . Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *M. & Co. C.RFA* del 9 febbraio 1990

⁴⁰⁰ Cfr . Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *Dufay* del 19 gennaio del 1989

⁴⁰¹ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Matthews c Regno Unito* del 18 febbraio 1999.

un'ipotesi di violazione dei diritti della persona determinata da atti statali posti in attuazione del diritto comunitario. Con tale decisione la Corte europea dei diritti si è pronunciata sulla seguente questione. Nel aprile del 1994, la signora *Matthews* ha richiesto di essere iscritta nelle liste elettorali di Gibilterra, al fine di poter partecipare alle elezioni del Parlamento europeo. L'iscrizione le è stata negata⁴⁰² in base al fatto che il territorio di Gibilterra è escluso dalle tali elezioni. Pertanto, in seguito al provvedimento di diniego, *Matthews* propone ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando una violazione dei propri diritti fondamentali determinata da un atto statale (il provvedimento che ha negato l'iscrizione) adottato in applicazione del diritto comunitario. Alla luce di quanto precedentemente asserito, è evidente che la Corte, se fosse rimasta coerente alla prassi della Commissione europea dei diritti umani (consolidata fino a quel a momento) in riferimento ai rapporti con le istituzioni comunitarie, avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità del ricorso; e ciò, perchè la violazione lamentata era addebitabile ad un provvedimento di attuazione del diritto comunitario. Ma non è stato così.

Infatti, la Corte dei diritti , nell'accogliere il ricorso, ha sancito due punti fondamentali: in primo luogo, ha ritenuto l'atto di diniego lesivo della Cedu, in quanto posto in violazione dell'art.3 del Protocollo n.1 (secondo cui "*Le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, elezioni libere con scrutinio segreto, in condizioni che garantiscano la libera espressione della opinione del popolo nella*

⁴⁰² Al riguardo bisogna ricordare che il provvedimento di diniego è stato approvato, altresì, dalle Comunità europee e dagli Stati membri attraverso l'adozione della Decisione del Consiglio 76/787 e del Atto elettorale Europeo del 20 settembre del 1976 (firmato dai Ministri degli Esteri).

elezione del corpo legislativo”)e dell’art.14 Cedu (che sancisce il *divieto di discriminazione*); in secondo luogo (ed è questo l’aspetto più importante), ha riconosciuto, pertanto, la responsabilità del Regno Unito ed ha precisato, altresì, che lo Stato non può invocare, a titolo di giustificazione, il fatto che il provvedimento di diniego sia meramente attuativo del diritto comunitario.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, si deve prendere atto che la Corte di Strasburgo sta incominciando, sempre più, ad estendere, in materia di tutela dei diritti della persona, la propria influenza, anche, in ambito comunitario. Quanto detto acquista ancora più significato se si considera che, qualora dovesse entrare in vigore il Progetto di Costituzione europea, la Corte dei diritti sarà, inevitabilmente, destinata a ricoprire il ruolo di difensore principale dei diritti umani a livello non solo europeo ma, anche, comunitario. A dimostrazione di ciò si considerino, principalmente, due aspetti: in primo luogo, la Costituzione europea implicherebbe l’adesione dell’Unione alla Cedu; in secondo luogo, il Progetto di Costituzione europea, ai fini dell’interpretazione comunitaria dei diritti fondamentali, riconosce, espressamente, valore alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ma andiamo con ordine.

Per quanto attiene al primo profilo, va ricordato, infatti, che l’art.I-9.2 della futura Costituzione europea prevede espressamente che *“L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali”*. È evidente che la norma in commento, qualora la Costituzione europea dovesse entrare

in vigore, avrebbe un'enorme portata innovativa per due ordini di considerazioni.

In primo luogo, l'art.I-9.2 Cost.europea supererebbe, definitivamente, le resistenze, manifestate dalla Corte di giustizia, in relazione ad una possibile adesione dell'Unione alla Cedu. Al riguardo, va ricordato come l'ipotesi di una adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti fosse stata, già, prospettata, più volte, sia dalla Commissione⁴⁰³ che dal Parlamento europeo⁴⁰⁴. Tuttavia, la Corte di giustizia, in un famoso parere del 28 marzo 1996⁴⁰⁵, ha escluso una possibile adesione delle Comunità europee alla Cedu per i seguenti motivi. Innanzitutto, un' eventuale adesione (dell'Unione alla Convenzione) non rientrerebbe nelle competenze delle Comunità; e ciò perchè, secondo il giudice comunitario, l'Unione dispone solo di competenze espressamente attribuite e, tra queste, non vi rientrerebbero i diritti fondamentali. In secondo luogo, il giudice comunitario ribadisce che l'adesione alla Convenzione di Roma del 1950 *“determinerebbe un cambio sostanziale dell'attuale regime comunitario di protezione dei diritti umani, perché implicherebbe un inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto e la integrazione della totalità delle disposizioni della Convenzione in seno all'ordinamento comunitario”* e, pertanto, *“una modifica del regime di protezione dei diritti umani nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali sarebbero così fondamentali, tanto per la Comunità che per gli Stati membri, da determinare una apertura*

⁴⁰³ Cfr Commissione europea ,*Memorandum* del 4 aprile del 1979; *Memorandum* del 19 novembre del 1990

⁴⁰⁴ Cfr Parlamento europeo, Risoluzione del 27 aprile 1979

⁴⁰⁵ Cfr.Corte di giustizia *Dictamen* 2/94 del 28 marzo del 1996, in *Raccolta*, I-1759

costituzionale (...). Tale apertura, quindi, è realizzabile unicamente attraverso una modifica del Trattato”⁴⁰⁶. È evidente, come sostenuto da autorevole dottrina⁴⁰⁷, che la *ratio* sottesa al parere negativo della Corte di giustizia sia la volontà, del giudice dell’Unione, di non perdere il monopolio della giurisdizione sui diritti fondamentali in ambito comunitario. In altri termini, secondo tale orientamento, la Corte di Lussemburgo sarebbe consapevole che, qualora l’Unione dovesse far parte della Cedu, il cittadino comunitario tenderebbe, certamente, a “bypassare” la Corte di giustizia e ad adire direttamente la Corte di Strasburgo; e ciò, perché il giudice europeo, attraverso l’istituto del ricorso individuale diretto, risulta sicuramente più idoneo (rispetto al giudice comunitario) a tutelare i diritti dei privati. È interessante notare come la dottrina, proprio in riferimento al succitato parere negativo della Corte di Lussemburgo, si sia interrogata sul problema di stabilire se una distinzione tra tutela europea e comunitaria dei diritti fondamentali sia realmente funzionale a garantire una maggiore effettività della protezione, o, viceversa, se tale differenziazione sia finalizzata, esclusivamente, a mantenere i rispettivi monopoli giurisdizionali delle due Corti. Secondo parte della dottrina⁴⁰⁸, la distinzione tra tutela comunitaria e tutela europea dei diritti umani non costituirebbe altro che un artificio retorico finalizzato più alla difesa delle attribuzioni delle singole

⁴⁰⁶ *Ibidem.*

⁴⁰⁷ Cfr. S. MATHIEU, *L’adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l’Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1998, 35; Cfr. A. BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit. 111

⁴⁰⁸ Cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge-Made-System*, cit. 987

giurisdizioni (del giudice comunitario ed europeo), che alla salvaguardia sostanziale delle situazioni soggettive giuridiche fondamentali. Secondo altro orientamento dottrinale⁴⁰⁹, invece, la distinzione tra giurisdizione comunitaria ed europea, in materia di diritti della persona, sarebbe essenziale; e ciò, perché, tenendo conto del fatto che in ambito comunitario non esiste un referente in grado di sottoporre l'attività interpretativa della Corte di giustizia ad una qualche forma di controllo, consentirebbe di supplire alla carenza di equilibrio e di controllo reciproco fra i poteri di cui soffre l'attuale assetto istituzionale della Comunità europea.

Ma l'art.I-9.2 Cost. europea, prevedendo che *“l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*, determinerebbe, con l'entrata in vigore del Progetto costituzionale, un altro importante effetto: e cioè, superare, definitivamente, le obiezioni di quella parte della dottrina contraria all'ingresso dell'Unione nella Convenzione europea. Nello specifico, secondo tale orientamento⁴¹⁰, l'eventuale adesione della Comunità europea alla Cedu comporterebbe il rischio di una spaccatura dell'“uniformità interpretativa del diritto comunitario”. In altri termini, l'ingresso dell'Unione europea nella Convenzione di Roma del 1950 determinerebbe, ogni qual volta la normativa comunitaria riguardi fattispecie connesse ai diritti fondamentali, una sottomissione della Corte di giustizia alla Corte di Strasburgo nell'interpretazione

⁴⁰⁹ Cfr. J H H WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice , in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, cit.,1116

⁴¹⁰ Cfr. S MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l'Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission*,cit. 35

del diritto comunitario; e ciò, conseguentemente, comporterebbe che il diritto comunitario, non avendo più la Corte di giustizia l'ultima parola in materia, venga interpretato da un organo (quale la Corte di Strasburgo) che non appartiene all' Unione europea.

Viceversa, l'entrata in vigore della Costituzione europea darebbe ragione a quella parte della dottrina che, essendo favorevole ad un processo d'integrazione della Comunità europea nella Cedu, sostiene che *“l'adesione rafforzerebbe il carattere democratico dell' Unione e coadiuvarebbe la trasformazione dell'Europa da un Europa di mercanti ad una Europa di cittadini”*⁴¹¹.

Un ultimo aspetto da analizzare riguarda la necessità, qualora ci sia l'adesione della Comunità europea alla Cedu, di prevedere un meccanismo che attribuisca, a livello comunitario, immediata efficacia esecutiva alle sentenze della Corte di Strasburgo. Per comprendere quanto detto, è opportuno fare una piccola parentesi sul tipo di efficacia che le pronunce della Corte europea dei diritti hanno nei confronti degli Stati membri. Occorre precisare, preliminarmente, che le sentenze della Corte di Strasburgo, in linea teorica, hanno una efficacia non esecutiva ma dichiarativa; pertanto, qualora la Corte dei diritti accerti una violazione della Cedu, gli Stati membri, sebbene abbiano l'obbligo di cessare tale violazione ed, eventualmente, di provvedere alla riparazione, godono di assoluta discrezionalità nello scegliere il modo in cui realizzare tale riparazione. Quanto detto ha trovato, più di una volta, conferma nella giurisprudenza della Corte di

⁴¹¹ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

Strasburgo. Si consideri, in primo luogo, l'orientamento assunto dalla Corte dei diritti laddove, nella sentenza *Marckx* del 1976⁴¹², afferma che “*le sentenze della Corte sono essenzialmente dichiarative e lasciano allo Stato la scelta di quali mezzi utilizzare, nel suo ordinamento giuridico interno, per adeguarsi a ciò che impone l'art.53Cedu*” (che corrisponde all'attuale art.46 Cedu, secondo cui “*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*”). Ed ancora, si prenda in considerazione la sentenza *Belilos* del 1988⁴¹³ nella parte in cui dispone che “ *le sentenze della Corte dei diritti lasciano allo Stato il compito di scegliere i mezzi, nell'ambito del suo ordinamento giuridico, per adempiere all'obbligazione che deriva dall'art.53 Cedu (attuale art.46)*”.

Alla luce di quanto suesposto, pertanto, si potrebbe dedurre che, di fatto, la Corte di Strasburgo non abbia alcuna possibilità d'indicare i mezzi attraverso cui realizzare la riparazione. Ma non è così.

Infatti, la Corte dei diritti ha, recentemente, iniziato a supplire, in via interpretativa, alla mancanza di efficacia esecutiva delle proprie sentenze, suggerendo agli Stati, indirettamente, i mezzi ritenuti, dalla Corte, più idonei ad eliminare la violazione del diritto. Esempi emblematici di quanto appena detto sono rappresentati da alcune recenti sentenze con cui la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione, da parte degli Stati membri, del diritto ad un equo processo *ex art. 6 Cedu*. Si consideri, ad esempio, la sentenza

⁴¹² Cfr Corte europea dei diritti, sent *Marckx* del 13 giugno 1976 Conformi cfr. Corte europea dei diritti, sent *Pakelli* del 28 aprile 1983; sent. *Dudgeon* del 24 febbraio 1984; sent. *Papamichalopoulos* del 31 ottobre 1995

⁴¹³ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Belilos* del 29 aprile 1988

Somogyi del 2005⁴¹⁴. In tale decisione, infatti, la Corte, nel condannare lo Stato italiano per aver violato l'art. 6 Cedu, suggerisce, nella motivazione, che “*se viene leso il diritto ad un equo processo(...) il miglior modo per riparare all'infrazione sarebbe quello di riaprire il processo in tempo utile rispettando le condizioni dell'art.6*”. Ed ancora, si pensi alla sentenza *Gran Sala Assanidze c. Georgia* del 2004⁴¹⁵, nella parte in cui la Corte dei diritti, avendo preso atto che l'inadempimento (da parte delle autorità statali) della sentenza che ordinava la liberazione del ricorrente era stato causa di una violazione dell'art.6, afferma che “*date le circostanze, l'unico modo per porre fine all'infrazione è l'immediata liberazione del ricorrente*”. Sempre in tale ottica, anche se non riguarda una violazione dell'art. 6 della Cedu, deve essere letta, altresì, la sentenza *Ilascu c. Moldavia e Russia* del 2004⁴¹⁶. In particolare, nella decisione in esame, preme rilevare come il giudice europeo, ritenendo che la detenzione dei ricorrenti avesse determinato una lesione del loro diritto alla libertà personale (così come riconosciuto dall'art.5 Cedu), ha espressamente suggerito che “*gli Stati debbano adottare le misure necessarie per porre fine alla detenzione arbitraria scarcerando e assicurando la libertà immediata dei ricorrenti*”.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, riteniamo, pertanto, di poter condividere quell'autorevole orientamento dottrinale secondo cui, in considerazione di questo nuovo orientamento giurisprudenziale volto ad indicare agli Stati i mezzi più idonei per eliminare

⁴¹⁴ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Somogyi c. Italia* del 18 maggio 2005

⁴¹⁵ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Gran Sala Assanidze c. Georgia* del 8 aprile 2004

⁴¹⁶ Cfr Corte europea dei diritti, sent *Ilascu c. Moldavia e Russia* del 8 luglio 2004

l'infrazione e in considerazione dell'art.41 Cedu (che consente alla Corte dei diritti, nel caso in cui il diritto interno degli Stati membri non permetta di rimuovere la violazione, di accordare un "*equa soddisfazione alla parte lesa*"), le sentenze della Corte di Strasburgo "*anche se formalmente sono meramente dichiarative, intrinsecamente sono sentenze dichiarative di condanna*"⁴¹⁷.

Passiamo, adesso, ad analizzare la seconda ragione in base alla quale si ritiene che, una volta entrata in vigore la Costituzione europea, la Corte dei diritti ricoprirà il ruolo di "difensore principale" delle libertà fondamentali, anche, in ambito comunitario: e cioè, il fatto che il Progetto di Costituzione europea riconosce, ai fini dell'interpretazione comunitaria dei diritti fondamentali, valore alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare si fa riferimento all'art.II-112.3 del Progetto di Costituzione europea nella parte in cui prevede che "*Laddove la presente Carte contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*". La rilevanza della disposizione in commento si comprende, ancor di più, se si considera che, attraverso tale norma, le pronunce della Corte di Strasburgo, nel caso di entrata in vigore della Costituzione europea, acquisteranno la forza di *cosa giudicata* e di *precedente giuridico vincolante* anche nei confronti di tutti gli Stati membri dell'UE che non abbiano, espressamente, accettato la

⁴¹⁷ Cfr; L M BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, in *Tecnos*,1997,110; J M MORENILLA RODRIGUEZ, *La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Poder Judicial* , n.15,1989

competenza della Corte europea dei diritti. In altri termini, gli Stati dell'Unione, anche qualora non abbiano accettato la giurisdizione della Corte di Strasburgo, dovranno, per il semplice fatto di aver recepito il Trattato Costituzionale europeo, conformarsi ai dispositivi delle sentenze della Corte dei diritti. Appare evidente, pertanto, che, se dovesse entrare in vigore l'art.II-112.3 Cost.europea, si realizzerebbe definitivamente quanto auspicato dalla stessa Corte di Strasburgo, e cioè che *“le sue sentenze servano non solamente per risolvere il caso di specie per il quale sono state pronunciate ma , soprattutto, per chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione, e contribuire a far rispettare agli Stati le obbligazioni che hanno assunto in qualità di Parti Contraenti⁴¹⁸”*.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che l'art.II-112.3 Cost.europea, sebbene (come già sostenuto) riconosca un ruolo determinante alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tiene, però, a precisare che *“La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”*. Ciò significa che la Costituzione europea, quando fa riferimento alla Cedu (e, implicitamente, alla Corte di Strasburgo) anche per interpretare i diritti della persona riconosciuti a livello comunitario, mira ad attribuire al giudice europeo non una competenza esclusiva in materia d'interpretazione e di tutela dei diritti fondamentali, ma il compito di stabilire *uno standard minimo di protezione*. In altre parole, ciò che qui si vuole evidenziare è che l'obiettivo della Costituzione europea sarà quello di

⁴¹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Irlanda c. Regno Unito* del 18 gennaio 1978

creare un sistema di protezione integrato in cui gli Stati e l'Unione potranno, in ogni momento, elevare il livello di tutela di un dato diritto, ma non potranno, in alcun modo, prevedere un livello di protezione inferiore a quello disposto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. A conferma di quanto appena detto, si faccia riferimento a quell'orientamento dottrinale secondo cui *“la giurisprudenza del Corte europea dei diritti umani dovrà essere necessariamente ponderata al fine di garantire da un lato lo standard minimo di tutela e dall'altro, di non fare diminuire tale livello di protezione”*⁴¹⁹.

Al di là della possibile entrata in vigore della Costituzione europea, comunque, vi sono altri fattori che lasciano prospettare che la Corte di Strasburgo acquisterà un ruolo preponderante, nella tutela dei diritti fondamentali, anche in ambito comunitario e, conseguentemente, anche nei confronti della Corte di giustizia.

In primo luogo, bisogna considerare tutte quelle ipotesi in cui la giurisprudenza della Corte dei diritti ha influenzato, in maniera determinante, l'attività legislativa degli Stati membri dell'UE. Si pensi, ad esempio, alla Spagna. Il Tribunale Costituzionale spagnolo⁴²⁰, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2 co.1 della Ley Orgànica 10/1980⁴²¹, in quanto lo ha considerato lesivo del diritto ad un equo processo; ma ciò che qui rileva maggiormente è che il Tribunale ha motivato la sua decisione facendo espresso riferimento all'art.6 della Cedu così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

⁴¹⁹ Cfr V T FREIXES SANJUAN, *Libertades informativas e integraciòn europea*, in *Codex*, 1996, 125

⁴²⁰ Cfr. Tribunale costituzionale spagnolo, sent. del 12 luglio 1988, n. 145/1988

⁴²¹ Cfr art. 2 co.1 della Ley Orgànica 10/1980, del 11 novembre 1980

Ed ancora, si consideri la Francia. In particolare, si fa riferimento alle sentenze *Huving e Kruslin c. Francia* in cui la Corte di Strasburgo, nel dichiarare che la legislazione francese sulle *intercettazioni telefoniche* non rispettava le garanzie richieste dalla Cedu (e, pertanto, risultava incompatibile con la Convenzione), ha suggerito al legislatore francese quali requisiti avrebbe dovuto presentare una futura normativa in materia. Ebbene, ciò che in questa sede preme evidenziare è che il legislatore francese, in seguito alla pronuncia della Corte dei diritti, ha emanato una nuova legge (si fa riferimento alla legge 91-646 del 10 luglio del 1991 “ *relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*”) volta a ridisciplinare la materia delle intercettazioni telefoniche nel rispetto delle condizioni dettate dalla Corte di Strasburgo. Allo stesso modo, si faccia riferimento al Regno Unito. Al riguardo, occorre fare una piccola premessa; e cioè, occorre ricordare che l’art.4 dello *Human Rights Act* del 1998 consente ai giudici e ai tribunali di dichiarare l’incompatibilità di una disposizione di legge qualora risulti in contrasto con il contenuto della Cedu e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ciò che qui rileva è che la Camera dei Lord, facendo riferimento all’art.4 dello *Human Rights Act*, ha dichiarato l’incompatibilità con la Cedu degli artt. 21 e 23 dello *Anti-terrorism, Crime and Security Act* del 2001(laddove consentivano alle autorità di arrestare, senza processo e in modo permanente, uno straniero che, pur non avendo commesso alcun reato, veniva sospettato di avere rapporti con gruppi terroristici) ed ha spinto il Governo a modificare la legge in commento.

Un altro importante elemento, che induce a pensare che la Corte dei diritti abbia - rispetto alla Corte di Giustizia - una potenzialità superiore nella tutela dei diritti fondamentali a livello europeo, è rappresentato dal fatto che la giurisdizione della Corte di Strasburgo presenta un raggio d'azione nettamente superiore a quello della giurisdizione della Corte di giustizia. A conferma di ciò, si consideri che la Corte di giustizia, nell'esercizio della sua attività giurisdizionale in materia di diritti fondamentali, deve fare i conti con due limiti rigidi di competenza: in primo luogo, vi è una limitazione *ratione personae* (cioè, il giudice comunitario può tutelare solamente i diritti fondamentali lesi da atti degli Stati membri); in secondo luogo, vi è una limitazione *ratione materiae* (cioè, la Corte di giustizia può conoscere soltanto violazioni di diritti fondamentali che riguardano una materia comunitaria). Viceversa, la Corte dei diritti estende la propria giurisdizione a tutti gli Stati del Consiglio d'Europa che, come è noto, ricomprende non solo tutti gli Stati membri dell'Unione europea ma, altresì, tutti gli Stati dell'Europa occidentale e quasi tutti quelli dell'Europa orientale. È interessante notare come le istituzioni comunitarie, prendendo atto dei suesposti limiti che la giurisdizione della Corte di giustizia presenta in materia di diritti fondamentali, siano arrivate alla conclusione di ritenere che la Corte di Lussemburgo, qualora l'Unione dovesse ratificare la Cedu, finirà, inevitabilmente, per ricoprire rispetto alla Corte di Strasburgo, in materia di tutela dei diritti umani, una posizione analoga a quella delle corti costituzionali nazionali⁴²². Ed ancora, sempre per la medesima

⁴²² Al riguardo cfr. Documento CONV 354/02 Bruxelles, 22 ottobre 2002

consapevolezza dei limiti della Corte di Lussemburgo in materia di tutela dei diritti della persona, parte della dottrina ha ipotizzato che, qualora l'Unione dovesse fare ingresso nella Cedu, la Corte di Strasburgo sarà chiamata a ricoprire, anche a livello comunitario, il ruolo “ *di un Tribunale che si colloca nell'ambito di un insieme formato da una pluralità d'istituzioni e che sta attento alle evoluzioni e alle preoccupazioni espresse in ambito governativo e parlamentare (nazionale e comunitario), e le cui decisioni non costituiscono la fine di un processo ma s'inseriscono in un processo più ampio di riforme (volte alla tutela dei diritti fondamentali) sul piano (non solo comunitario) ma europeo*⁴²³ ”.

Una volta presi in esame alcuni degli elementi più rilevanti che lasciano prospettare la possibilità che la Corte dei diritti diventi, in un futuro prossimo, lo strumento principale di tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo e comunitario, occorre fare due ultime considerazioni.

In primo luogo, preme ribadire che, anche nel caso in cui la Corte dei diritti affermi - definitivamente - la propria supremazia giurisdizionale in materia di diritti fondamentali, è condizione necessaria, al fine di realizzare una protezione effettiva dei diritti umani, che la relazione tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella della Corte di giustizia e dei tribunali costituzionali nazionali sia, come sostenuto da autorevole dottrina⁴²⁴, non *unidirezionale* ma, semmai, *tridirezionale*. In altri termini, secondo tale orientamento, in un sistema europeo di

⁴²³ Cfr P H IMBERT, *Pour un système européen de protection des droits de l'homme*, in *Mélanges en Hommage à Luis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, 457

⁴²⁴ Cfr A. H. CATALA i BAS, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de la Comunidad Europea*, cit.

tutela dei diritti umani integrato, che sia davvero effettivo, occorre che la Corte di Strasburgo svolga il compito di stabilire standard minimi di tutela del diritto senza, però, avere alcuna remora di accogliere, nella propria giurisprudenza, soluzioni adottate dalla Corte di giustizia e dalle Corti costituzionali nazionali che offrano un grado di protezione dei diritti umani superiore; e ciò, perché la Corte dei diritti, facendo proprie le soluzioni del giudice nazionale e comunitario che forniscono una tutela superiore, trasforma tali forme di protezione nazionale e comunitaria in forme di tutela “convenzionale”(cioè che traggono origine dalla Cedu), rendendole, pertanto, vincolanti per tutti gli Stati membri della Convenzione di Roma del 1950.

In secondo luogo, come sostenuto da parte della dottrina⁴²⁵, bisogna prendere atto che, indipendentemente dal fatto che si riconosca o meno la prevalenza della Corte dei diritti sulla Corte di giustizia, un presupposto indispensabile, affinché si possa parlare di un “diritto europeo dei diritti fondamentali” effettivo, è che la *democrazia* risulti come unico sistema politico possibile in Europa. Quanto detto trova una serie d’importanti conferme.

Innanzitutto, si faccia, ad esempio, riferimento al Preambolo della Cedu; e , in particolare, si consideri quella parte del Preambolo in cui le Alte Parti contraenti, nel riaffermare “ *il loro profondo attaccamento*” alle libertà fondamentali, ribadiscono che un sistema volto a garantire “*il mantenimento*” dei diritti fondamentali deve, necessariamente, fondarsi “ *su un regime politico **effettivamente democratico***”.

⁴²⁵ *Ibidem*

Ed ancora, si prendano in considerazione quelle sentenze della Corte di Strasburgo volte ad affermare il principio secondo cui la *democrazia* è un presupposto indispensabile per garantire una tutela effettiva dei diritti umani. Esempio emblematico di quanto appena detto è la sentenza *Partito Comunista Unificato di Turchia* del 1998⁴²⁶; in tale decisione, infatti, la Corte di Strasburgo dichiara, espressamente, che la *democrazia* costituisce l'unico modello politico compatibile con il contenuto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sempre in tale ottica va, altresì, letta la sentenza *Ahmed e altri* del 1998⁴²⁷. La rilevanza di tale pronuncia sta nel fatto che in essa la Corte dei diritti non solo ribadisce l'importanza, al fine di fornire una adeguata protezione dei diritti fondamentali, di un sistema politico democratico; ma, inoltre, precisa che esiste un vero e proprio *diritto dei cittadini a vivere in democrazia*, e che tale diritto può limitare, in alcune circostanze, altri diritti fondamentali concorrenti (quali, ad esempio, la *libertà d'espressione*).

Allo stesso modo, si pensi a tutte quelle decisioni con cui la Corte dei diritti ha negato la possibilità di estendere la protezione della Cedu a fattispecie considerate incompatibili con il sistema politico democratico, quali: la diffusione dell'ideologia nazista e la negazione o giustificazione dell'olocausto⁴²⁸, il razzismo e la xenofobia⁴²⁹,

⁴²⁶ . Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Partito Comunista Unificato di Turchia* del 30 gennaio 1998

⁴²⁷ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Ahmed e altri* del 2 settembre 1998

⁴²⁸ Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Lehideux e Isorni* del 23 settembre 1998; sent. *Ibrahim Aksoy* del 10 ottobre 2000. In tal senso vedi anche cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, Decisione *J Glimmerveen e J Hagenbeek c. Olanda* del 11

l'integralismo religioso⁴³⁰, l'utilizzo della violenza come metodo di convincimento politico⁴³¹ etc... . Quanto appena detto dimostra, inoltre, la volontà della Corte di Strasburgo non solo di affermare, come principio generale, l'importanza della democrazia ai fini di una tutela effettiva dei diritti, ma, altresì, di arrestare la crescente nascita di una serie di gruppi o partiti politici che rifiutano i valori della democrazia e che si stanno affermando a livello non solo nazionale ma, anche, comunitario⁴³².

Ed ancora, è possibile ricavare un' ulteriore dimostrazione dell'importanza della *democrazia*, ai fini di una adeguata tutela dei diritti della persona, dagli atti delle istituzioni comunitarie. A tal proposito, si consideri, ad esempio, il Regolamento comunitario del 4 novembre 2003 volto a disciplinare lo *statuto* e il *finanziamento* dei *partiti politici su scala europea*. Ciò che qui rileva è notare come l'art.3 della norma in commento richieda, quale condizione necessaria per il riconoscimento del partito su scala europea (che è il presupposto per ottenere il finanziamento comunitario), che il partito politico rispetti, quali principi dell'Unione, la libertà, la *democrazia*, i diritti umani, le libertà fondamentali e lo Stato di diritto. E a conferma ulteriore di quanto appena detto, l'art.5 del medesimo regolamento

ottobre 1979 ; Decisione *X c. Germania* del 16 luglio 1982; Decisione *T. c. Belgio* del 14 luglio 1983; Decisione *H,W,P e K c. Austria* del 12 ottobre 1989

⁴²⁹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Ibrahim Aksoy* del 10 ottobre 2000

⁴³⁰ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Partido de la Prosperidad* del 31 luglio 2001

⁴³¹ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Partito Comunista Unificato di Turchia* del 30 gennaio 1998

⁴³² Si fa riferimento, ad esempio, al partito, che ricopre alcuni seggi del Parlamento europeo, che prende il nome di Fronte Nazionale Europeo (fondato nel 2004). Tale partito, infatti, costituisce l'alleanza di alcuni gruppi di estrema destra di alcuni Stati membri, quali: il Bulgarski national Soius (Bulgaria); La Falange (Spagna); Partido Nacional Renovador (Portogallo); Renouveau Français (Francia).

attribuisce al Parlamento europeo il potere di esercitare, a maggioranza dei suoi membri e su richiesta un quarto degli stessi (che rappresentino, almeno, tre gruppi politici), un controllo nei confronti dei partiti politici, al fine di verificare il loro effettivo rispetto dei suddetti principi (libertà e democrazia); qualora il Parlamento europeo riscontri una violazione, da parte di un partito, dei principi di democrazia o libertà, potrà escludere quest'ultimo dal finanziamento comunitario. Ed ancora, si pensi all'Accordo, concluso in sede di Consiglio dei Ministri della Giustizia e degli Interni dell' Unione Europea, del 19 aprile del 2007. Ciò che qui rileva è che con tale Accordo gli Stati membri sono stati invitati a tipizzare come delitti, nell'ambito dei propri ordinamenti interni, una serie di *fenomeni incompatibili con il concetto di democrazia*, quali: il razzismo, la xenofobia, la negazione o la giustificazione dell'Olocausto.

Da ultimo, rimane da chiedersi, una volta preso atto che la *democrazia* costituisce un presupposto imprescindibile per realizzare un sistema europeo di protezione efficace dei diritti umani, se, in alcune circostanze, il sistema democratico possa essere sacrificato in nome di altri diritti fondamentali. Esempio classico di quanto appena detto, è il problema di stabilire se fenomeni incompatibili con la *democrazia* (quali, ad esempio, il razzismo, la xenofobia etc...) possano, tuttavia, trovare legittimazione nel diritto alla *libertà d'espressione*. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha accolto la soluzione di negare, in modo assoluto, che la democrazia possa subire delle compressioni in nome della libertà d'espressione. A dimostrazione di ciò, si faccia riferimento alla sentenza *Lawless* del

1961⁴³³. In tale decisione, la Corte dei diritti ha riaffermato, richiamando il divieto dell'abuso di diritto *ex art.17 Cedu*⁴³⁴, il principio secondo cui non è possibile invocare le disposizioni della Convenzione per attribuire ad un gruppo d'individui il diritto di esercitare un'attività che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Convenzione (che è quello che accadrebbe se si consentisse, in nome della libertà d'espressione, di dare vita a fenomeni antidemocratici quali il razzismo e la xenofobia) . Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, pertanto, si ritiene di poter condividere quell'orientamento dottrinale secondo cui *“non può pretendere di beneficiare della libertà d'espressione chi la utilizza in maniera perversa (...); la finalità della libertà d'espressione è favorire la coesistenza pacifica di differenti volontà individuali e di differenti gruppi esistenti nella società”*, pertanto, *“ le dichiarazioni ispirate da impulsi irrazionali e dirette aggressivamente contro altri (come sarebbe, appunto, qualunque tipo di manifestazione antidemocratica) sono in contraddizione con il sistema e non possono avere, nel senso letterale del termine, diritto ad essere tutelate ”*⁴³⁵.

⁴³³ Cfr Corte europea dei diritti, sent. *Lawless* del 1 luglio 1961

⁴³⁴ Il divieto di abuso di diritto ha trovato conferma anche in ambito comunitario nell'art.54 della Carta di Nizza e nell'art. II-114 del Progetto di Costituzione europea

⁴³⁵ Cfr. P WACHSMANN, *Liberté de expression et négationnisme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*,, numéro special, *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, n. 46, 2001, 593

CAPITOLO IV

IL TRATTATO DI LISBONA: UNA TAPPA “DECISIVA” NEL PROCESSO COMUNITARIO DI RICONOSCIMENTO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

1. TERMINI DEL PROBLEMA - 2. CARTA DI NIZZA E TRATTATO DI LISBONA: UNA NUOVA PROSPETTATIVA - 3. CON IL TRATTATO DI LISBONA LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE ACQUISTA LO STESSO VALORE GIURIDICO DEI TRATTATI - 3.1. EFFETTI - 3.2. ALCUNE AMBIGUITÀ IRRISOLTE - 4. L'UNIONE EUROPEA ADERISCE ALLA CEDU - 4.1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI - 4.2. EFFETTI - 4.3. TALUNI PROFILI PROBLEMATICI

1. TERMINI DEL PROBLEMA

Il nuovo Trattato europeo⁴³⁶, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 dai Capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri, rappresenta una reazione *costruttiva*⁴³⁷ dell'Unione europea alla (grave) crisi politico-istituzionale⁴³⁸ determinata dalla mancata

⁴³⁶ *Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea*, in G. U. U.E. , C 306, 17 dicembre 2007(entrato in vigore il 1° dicembre 2009).

⁴³⁷ Si tratta, infatti, della realizzazione delle direttive enunciate dal Consiglio europeo di Bruxelles del 21-23 giugno 2007 (frutto di un'attenta attività di negoziazione portata avanti dalla Germania di Angela Merkel - che ha ricoperto, per la prima metà del 2007, la presidenza dell'Unione-).

⁴³⁸ Questa affermazione può forse risultare un po' enfaticizzata, tuttavia nella misura in cui *volontariamente* si accetta e si propugna L'“Idea d'Europa” (“Tuttavia, anche nel divampare della passione nazionale il senso dell'unità europea, cioè di una comunanza di cultura, di modi di vita, di principi, non si annulla”. F. CHABOD, Bari, 1964, p.126) tendenzialmente si dovrebbe percorrere quel processo che tende a superare “la circolarità del tandem di democrazia e Stato nazionale al di là dei confini statali per la creazione di una sfera pubblica di dimensione europea” (J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003 p. 107). Peraltro nello stesso Trattato di Lisbona (art. 1) si vuole rimarcare in modo forte (analogamente a quanto si era affermato nel Preambolo del *Trattato che adotta(va) la Costituzione per l'Europa*) la consapovolezza che si è in presenza di una nuova tappa nel “processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa”.

Da qui – come è noto – i vari approcci per qualificare l'intelaiatura giuridica di un tale processo: dal “sistema composito o integrato” (I. PERNICE e F. MAYER, *La costituzione integrata dell'Europa*, *ibidem*, p. 43e ss.) alla “tolleranza costituzionale” che caratterizzerebbe il *Sonderweg* europeo (J.H.H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il “Sonderweg” europeo*, *ibidem*, p. 22e ss.) fino ad una prospettiva di federazione. Quest'ultima, naturalmente, in atto, sconta il disagio dell'assenza di una decisione politica di base che caratterizza l'*Eurosistema*, sbilanciato dal prioritario “regime di mercato verso un meccanismo autoreferenziale, sottratto ad ogni interferenza dei governi dei paesi membri” (G. GUARINO, *Eurosistema*, Milano, 2006, p. 102); del resto l'ordinamento federale si caratterizza in quanto “la Costituzione della Federazione costituisce la misura della legittimità delle costituzioni degli Stati membri” (A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in, *Diritto e Società*, 2009, p. 208).

Secondo lo schema della formale architettura piramidale mancherebbe quel “fatto costituente” (anche sotto il profilo *soggettivo* (cfr. A PACE, *La dichiarazione di Laken* in *Riv. Trim. dir. pubbl.* n. 3/2002, p. 622) che diviene potere costituente, perchè in definitiva, per usare una colorita, quanto efficace espressione di Schmitt) “...è una volontà politica il cui potere è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica” (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, tr. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 110).

Nell'Unione europea – stando ai canoni procedimentali - il “consenso è il risultato della procedura e non la sua premessa” (A. VON BOGDANDY, *L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY cit., p. 272 e ss.). Ciò, comunque, non significa che non vi sia, almeno in certe aree, una compresenza di costituzionalità nazionali (un principio di “DNA costituzionale” come lo definisce D'Atena) che connota il nucleo e la specificità dell'identità europea come principio fondante di una costituzione politica (secondo l'auspicio di Habermas). Questi spazi di *materiale* costituzione europea, frutto della reciproca influenza fra diritto comunitario e le costituzioni dei singoli Stati (P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, p.5e ss.) seppure si presentano con la veste del Trattato, hanno un *quid* in più di sostanza costituzionale, dato che la loro genesi – grazie anche al “metodo della convenzione” – ha comportato (come è stato rilevato cfr. A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione* cit., ed ivi ult. rif. bibl.) il coinvolgimento di rappresentatività al massimo livello: Parlamento europeo e Parlamenti nazionali, nel *decision-making* di risulta, posto in essere in modo determinante dalla Commissione UE e dai Governi dei singoli Stati.

Peraltro, ancorchè si faccia riferimento alla costruzione teorica dello *Stato costituzionale* come categoria generale pluralistica di un approdo costituzionale “che si forma dal basso, attraverso una cooperazione tra soggetti sociali interdipendenti” (G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma – Bari, 2007, p. 99) su una piattaforma “di dignità, di libertà, di separazione dei poteri, di principi che evocano un linguaggio universale immediatamente percepibile dall'*homme situè* nelle concrete situazioni della vita” (C. PINELLI, *Forme di Stato e forme dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in europa*, Napoli, 2006), va però osservato che tale modello, allo stato, non appare forse del tutto idoneo a coprire quel processo che dovrebbe svilupparsi dalla società civile verso un'unione politica. E ciò, non soltanto perché parrebbe essere ancora assente in Europa “il *sense of belonging* che giustifica una “costituzione democratica”. (E.W. BÖCKENFÖRD, *Dove sta andando l'Europa?*, in *Diritto e secolarizzazione*, Roma –

ratifica (da parte della Francia e dell' Olanda) del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*⁴³⁹.

Varie ed importanti sono le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona che, al contrario del Trattato-Costituzione⁴⁴⁰, si pone come

Bari, 2007, p. 195) quanto perché una forzatura in tal senso, probabilmente incriminerebbe quell'assestamento dell'*Eurosistema* con riferimento alla concorrenza, al mercato ed alla stabilità dei prezzi che ha comportato come è noto "non una semplice variazione della funzione, ma un capovolgimento del rapporto tra mercato e Stato" (G. GUARINO, *Eurosistema*, cit., p. 42).

Peraltro, è significativo che, ad esempio, proprio nel diritto societario l'armonizzazione tra normativa comunitaria e quella degli Stati membri non passa attraverso un riavvicinamento spontaneo tra le legislazioni (*quindi dal basso*) ma mediante il ricorso a "direttive quadro", nonché (cfr. G. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma – Bari, 2004, p. 106) con l'ausilio di appositi organismi privati indipendenti che elaborano progetti di legge recepiti e successivamente adattati dai singoli Stati.

In definitiva la formula del Trattato risulta più efficace perché pervasiva e non comporta irrigidimenti pre-giudiziali che possono suonare come spoliazione del momento ontologico della sovranità: quello strettamente connesso alla (irrinunciabile) rappresentatività originaria che legittima il potere costituito. Va precisato, tuttavia, che tutto ciò si dispiega e si inverte nell'unitarietà del *senso* giuridico; sicché, spesso, il riferimento ai processi sociali, in difetto dell'ineludibile articolazione giuridica, si risolve nell'incapacità teorica di impostazioni che arieggiano quasi il paradosso se affidati a "funzioni guida" ad élites dialetticamente confliggenti con indifferenziati "gruppi sociali": si ingabbia, in tal modo, l'elemento qualificante della struttura giuridica nella complementare tematica storico-sociologica, che per converso ignora del diritto quella peculiarità (spesso non tenuta adeguatamente in conto dai giuristi specialisti) che "ne fanno un *unicum*" nell'area della comune esperienza sociale.

⁴³⁹ *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in G. U. U.E., C 310, 16 dicembre 2004

⁴⁴⁰ Circa l'opzione per il "progetto di costituzione" o per il trattato *tout court* (al di là delle inclinazioni ideologiche e delle costruzioni teoriche di sostegno), è un fatto che – pur convenendo sulla "originalità" del processo che può anche definirsi di *costituzionalizzazione incipiente* – soprattutto il trattato costituzionale si caratterizzava per un testo molto ampio ed articolato (verrebbe da dire quasi di dettaglio) che certamente non contraddistingue quella spontanea essenzialità della Costituzione fondativa dagli immediati principi comuni ("la democrazia non è solo questione di gruppi interessati o di élites, bensì in primo luogo una questione del popolo" D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY cit., p. 5e ss., ed in particolare p.20) ed originari che ben vero non necessitano di un gran numero di articoli. E' stato osservato che il trattato costituzionale non ambiva ad assumere né avrebbe potuto assumere il significato di "un atto fondativo di un'Unione europea riformato e insieme di atto in qualche modo sostitutivo delle Costituzioni nazionali". (R. BIN – P. CARETTI, *Profili costituzionali*

dell'Unione europea, Bologna, 2008, p.144); del resto va pure rilevato che “Le regole non scritte e le regolarità politiche che arricchiscono la disciplina costituzionale sono essenzialmente riconducibili alle peculiarità ed alle tradizioni nazionali e perciò mal si prestano ad essere trasportate da un Paese all'altro” (G. PITRUZZELLA, *Forme di Stato e trasformazioni della politica*, Bari, 1996, p. 233).

Nel (superato) Trattato costituzionale e nel Trattato di Lisbona parrebbe cogliersi soprattutto un'esigenza di ordine, che soltanto i paletti formali del testo scritto, (Pinelli parla della ineludibilità del “momento della scrittura”) possono verosimilmente assicurare. Ciò, infatti, obbedisce ad un'esigenza cardine del costituzionalismo: “*come limitare il potere*”? Da qui un tendenziale riordino delle fonti verso una risistemizzazione gerarchica delle stesse che dovrebbe fruttare una maggiore nomofilachia della giurisprudenza comunitaria. In quest'ordine di idee si potrebbe convenire che si è in presenza di una *amministrativizzazione* (cioè di una più puntuale regolamentazione) di quel troncone di principi tipici del diritto europeo (soprattutto quelli fondativi dell'*Europa economica*) che, operando per il raggiungimento degli obiettivi assegnati (art. 5 TCE), precipuamente finora ha fatto “leva sull'accordo tra i soggetti interessati e non sulla rigida delimitazione di competenze” (G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle Fonti*, in *Diritto Pubblico*, 2002, p.773).

E' un fatto però, che per il “raggiungimento dello scopo” (sulla base di un'*accettata* interpretazione estensiva dell'art. 11 della Costituzione) oltre ad un uso spesso *disinvolto* del principio di sussidiarietà, il diritto comunitario, sostanzialmente, ha operato varie incursioni sulle norme costituzionali “con una possibilità di deroga che ha un'estensione senza limiti fino al punto di sostituire totalmente la disposizione costituzionale alla quale si sovrappone” (G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione cit.*, p. 769); parimenti “possiamo affermare ... che il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno; ... il che significa che i nostri principi costituzionali intanto possono trovare applicazione in quanto siano conformi” (V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n.5/2006, p.758). Peraltro, è noto che l'ordinamento europeo ha considerato in modo indifferenziato il concetto di Stato includendo “qualsiasi organismo pubblico e contestualmente ha considerato unitariamente sia le funzioni legislative che quelle amministrative e giudiziarie”. (M. CHITI, *La meta della integrazione comunitaria...*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 604). In tal modo, siffatta flessibilità, in uno all'assenza di rigidità delle fonti, ha fatto sì che l'ordinamento comunitario nella sua “attività di scopo” ha ottenuto il massimo dell'efficacia realizzando quel “principio di effettività” cui alludeva Kelsen (H.KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, p. 164) per qualificare “l'istituzione di un potere capace di porre norme, il cui ordinamento è di efficacia durevole in un ambito determinato”.

Questo efficiente sincretismo (frutto anche dell'apporto incrementale “istituzionalista”, cfr. D. PUCHALA, *Institutionalism, intergovernmentalism, European integration: a review article*, in *Journal of common market studies*, 1999, p.316 e ss.) -attraverso cui si dispiega l'azione di governo del nucleo *costituzionale* (in quanto fondativo) espressione dell' *Europa economica*- potrebbe (*provocatoriamente*) correlarsi al “segreto dell'efficacia della Costituzione inglese” che W. Bagehot rinveniva “nella stretta unione, nella fusione pressochè completa del potere esecutivo con quello legislativo” (W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1872, trad. it., *La Costituzione Inglese*, Bologna, 1995, p. 53).

Non a caso, (versosimilmente) *l'interlocking-directorship* del nocciolo duro della monade economico-finanziaria ha evitato, nel Trattato di Lisbona, qualsiasi riferimento ad un

Trattato non sostitutivo ma, semplicemente, modificativo del TUE e del TFE (che diventa *Trattato sul funzionamento dell'Unione* – o TFEU). In particolare, il nuovo Trattato europeo contiene (fra le altre) disposizioni che andranno ad incidere: sulla struttura giuridica dell'Unione (viene soppressa, infatti, la tradizionale struttura “in pilastri” e, ai sensi del nuovo art.46 A TUE, “*l'Unione ha personalità giuridica*”), sul riparto di competenze tra Stati membri ed Unione europea (vengono previste competenze normative: *esclusive* dell'Unione - nuovo art.2 A, par.1 TFEU - ; *concorrente* - nuovo art.2 A, par.2 TFEU ; *di coordinamento* - nuovi artt.2 A, par.3 e 2 D TFEU – *di sostegno, coordinamento e completamento* dell'azione statale - nuovo art.2 A, par. 5 TFEU -), sul ruolo del

minimo di regole relative alla liberalizzazione della circolazione dei capitali di cui agli artt. 48 e 56 del Trattato CE (oggi Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) .

Va ricordato, tuttavia, (sottintendendo una tacita armonia di *checks and balances*) - così come è avvenuto in relazione alla tutela dei diritti fondamentali - la *continuità* dell'orientamento delle Corti Costituzionali nazionali nel confermare l'intangibilità della prioritaria esclusiva legittimazione democratica che connota la sovranità dei singoli Stati (i c.d. “controlimiti”).

Ed in questo solco si situa la recente ferma presa di posizione del Tribunale Costituzionale tedesco che con la articolatissima sentenza del 30 giugno 2009 ha ritenuto che talune procedure “autoreferenziali” siano in contrasto con il *Grundgesetz* , laddove consentono agli organi dell'Unione di intervenire sul Trattato allargando l'ambito di competenza dell'Unione ovvero apportando delle variazioni, le quali si intendono approvate se nell'arco di sei mesi dalla loro comunicazione i Parlamenti dei singoli Stati non abbiano inoltrato espressa opposizione.

Con questa pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* viene ribadita (si ricorda la sentenza dei giudici di *Karlsruhe* .del 12.10.1993, 2 BVR 2134/92 e 2 BVR 2159/92, che attribuiva la *Kompetenz-Kompetenz*, alla esclusiva titolarità degli organi interni, gli unici considerabili democratici a pieno titolo) e chiarita la “primazia” di rappresentatività della dimensione statale, la quale soltanto con consapevole, espressa (non col silenzio) ed autonoma determinazione può volontariamente cedere “spicchi di sovranità”. Peraltro è sintomatico che la necessità dell'autonoma ed espressa determinazione riguarda lo Stato nella articolata rappresentatività territoriale (*Bundestag* e *Bundesrat*): “...here, the silence of the Bundestag or the Bundesrat may not be construed as approval” (comma 416, BUEFRG, 2 BUE 2/08 del 30.06.2009, in *federalismi*, it., *Riv. dir. pubb. it. com. e comp.*).

Consiglio europeo (che diventa, a tutti gli effetti, una istituzione comunitaria - nuovo art.9 TUE- il cui presidente, eletto a maggioranza qualificata, ha un mandato di due anni e mezzo – nuovo art. 9B, par. 5 -), sulla disciplina del Consiglio (principalmente: vengono ridotte le ipotesi in cui è richiesta l'unanimità, con conseguente estensione del voto a maggioranza qualificata – art.9C TUE - ; la presidenza sarà esercitata da gruppi di tre Stati membri, per un periodo di 18 mesi), in materia di affari esteri e di politica di sicurezza (viene, in particolare, istituita la figura dell'*alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza* che presiede il Consiglio “affari esteri” e, al contempo, è uno dei vicepresidenti della Commissione –art. 9E TUE -), sulla procedura legislativa (l'art.2 del nuovo Trattato europeo, modificando l'art. 251 del Trattato CE, configurerà, infatti, la *procedura di codecisione* quale procedura legislativa ordinaria).

Ma ciò che, ai fini della presente ricerca, rileva (soprattutto) evidenziare è che il Trattato di Lisbona costituisce una nuova importante tappa di quel processo di progressivo riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali affermatosi, a partire dagli anni settanta, prima in via giurisprudenziale e, successivamente, attraverso il recepimento dei principi sanciti in materia (dalla Corte di giustizia) da parte del diritto comunitario primario (art.6 TUE).

In particolare, il nuovo Trattato europeo contiene alcune disposizioni che hanno ad oggetto due questioni complesse: il

valore giuridico della Carta di Nizza, ed i rapporti tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tali disposizioni, da un lato, sembrano costituire una favorevole svolta nel processo d'integrazione politica comunitaria, dando l'impressione che, con il Trattato di Lisbona, la tutela comunitaria dei diritti fondamentali sia, ormai, effettiva e completa; d'altro lato, però, le citate disposizioni – risultando, per certi versi, ambigue - lasciano irrisolti alcuni importanti nodi.

Ma andiamo con ordine.

2. CARTA DI NIZZA E TRATTATO DI LISBONA: UNA NUOVA PROSPETTATIVA

L'art. 1 del Trattato di Lisbona (recante modifiche al Trattato sull'Unione europea) sostituisce l'art. 6 TUE con un nuovo articolo che, al primo paragrafo, recita: “ *L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati* ”.

Dalla lettura del dato normativo è agevole rendersi conto della differente impostazione assunta dal nuovo Trattato europeo rispetto al (mai entrato in vigore) Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

Il Trattato-Costituzione, infatti, aveva previsto (al fine di renderla giuridicamente vincolante) la totale integrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella parte II del Trattato;

sicché la Carta di Nizza si connotava, a tutti gli effetti, come documento giuridico, soltanto in quanto parte del Trattato costituzionale.

Tale inserimento della Carta (nel Trattato-Costituzione) era stato, inoltre, preceduto da una serie di interventi volti a modificarne l'originale testo proclamato nel 2000.

Le citate modifiche possono – come è stato osservato⁴⁴¹ - essere raggruppate in tre tipologie. Innanzitutto, sono state proposte alcune modifiche di stile volte a rendere più preciso il testo della Carta di Nizza. Si pensi, ad esempio, all'introduzione della parola “*organismi*”, accanto alle parole “*istituzioni e organi dell'Unione*”, all'interno dell'art.51 (rubricato *Ambito di applicazione*) che individua i destinatari degli obblighi derivanti dalla Carta.

Altri interventi, invece, hanno mirato ad una riformulazione (in realtà, soltanto, formale) delle prime due *Disposizioni Generali* poste a conclusione del testo della Carta dei diritti: e cioè, l'art.51 e l'art.52 (rubricato *Portata dei diritti garantiti*).

Infine, alcune parole della Carta di Nizza sono state sostituite da altre che risultassero (in base alla lingua, di volta in volta, utilizzata per tradurre il Trattato-Costituzione) più precise. Si fa riferimento, in particolare, alla versione italiana della Carta di Nizza del 2004 che, sostituendo le parole “*ogni individuo*” (contenuta nel testo del 2000) con le parole “*ogni persona*”, ha esteso l'ambito di applicazione della Carta anche alle persone giuridiche.

⁴⁴¹ Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 37-38

Con il Trattato di Lisbona la Carta di Nizza continua ad avere valore giuridico vincolante, ma su diversi presupposti.

Il nuovo Trattato europeo , infatti, non integra più (al contrario del Trattato costituzionale) il testo della Carta all'interno dei trattati medesimi, ma precisa, contestualmente, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur rimanendo un documento normativo distinto, presenta “*lo stesso valore giuridico dei trattati*”.

La decisione di non incorporare la Carta di Nizza nel testo dei trattati è stata considerata, da parte della dottrina⁴⁴², una scelta corretta, volta ad aumentare il livello di protezione dei diritti fondamentali. Al riguardo, è stato evidenziato che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, trovandosi (una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona) in un contesto in cui viene meno ogni gerarchia tra i trattati e non esistendo più un solo trattato (come prevedeva il Trattato-Costituzione), assumerà (essendo dotata della medesima forza giuridica dei trattati ma, al contempo, non essendo inglobata in essi) un rilievo autonomo nel sistema di tutela comunitario dei diritti fondamentali⁴⁴³: così risultando, verosimilmente, il principale punto di riferimento normativo in caso di violazione, a livello comunitario, dei diritti dell'uomo.

⁴⁴² Cfr. F. POCAR, *Trattato di Lisbona: strumenti insufficienti per garantire unità sulla scena internazionale*, in *Guida al diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, n.2/ 2008, p. 10

⁴⁴³ In tal senso, Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato* cit.,p.135

3. CON IL TRATTATO DI LISBONA LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE ACQUISTA LO STESSO VALORE GIURIDICO DEI TRATTATI

3.1. EFFETTI

La Carta di Nizza, con il nuovo art. 6, paragrafo 1 Tue (che le attribuisce il medesimo valore giuridico dei trattati), diventa a tutti gli effetti diritto comunitario di rango primario.

Tale circostanza produrrà una serie di effetti di grande rilevanza, i quali - determinando (con tutta probabilità) un notevole innalzamento del livello di protezione comunitaria dei diritti fondamentali – necessitano di un' adeguata analisi .

Un primo effetto (d'immediata percezione) è costituito dal fatto che la Carta di Nizza, acquisendo lo stesso valore giuridico dei trattati, diventa (nonostante sia stata proclamata, nel 2000, non dai governi degli Stati membri, ma dalle istituzioni dell'Unione) un vero e proprio trattato fra Stati membri dell'Unione (divenendo, quindi, maggiormente vincolante per le Alte Parti contraenti).

Un secondo rilevante profilo è costituito dal fatto che una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione giuridicamente vincolante cessa di costituire una semplice *fonte d'ispirazione*, assurgendo, per converso, a vero e proprio *parametro di giudizio* del giudice comunitario di prima e di seconda istanza. In altri termini, il Tribunale di primo grado e la Corte di Giustizia (che con il Trattato di Lisbona vengono individuati sotto l'unica nuova denominazione di *Corte di giustizia dell'Unione europea*, cfr. nuovo art.9 F, par.1, Tue) potranno, in futuro, sindacare la conformità (al diritto dei

trattati) di atti comunitari e di atti nazionali applicativi del diritto comunitario anche, e soprattutto, alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza⁴⁴⁴. Con il nuovo Trattato europeo viene, quindi, positivizzata una prassi che, in realtà, aveva cominciato ad affermarsi fin da quando la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione costituiva una mera dichiarazione politica. È innegabile, infatti, che la Carta di Nizza, sebbene non ancora dotata di valore giuridico, ha da sempre esercitato un'effettiva incidenza sull'operato di tutte le istituzioni comunitarie⁴⁴⁵. Si pensi, ad esempio, ad alcune decisioni del 2001 e del 2002⁴⁴⁶ in cui il Tribunale di prima istanza, nel decidere taluni casi, ha fatto espresso riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Ed ancora, continui sono stati i richiami alla Carta contenuti sia in

⁴⁴⁴ Autorevole dottrina ha, infatti, evidenziato come la Carta di Nizza abbia reso il rispetto dei diritti umani un vero e proprio parametro di validità degli atti dell'Unione, cfr. A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione europea? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, p.898

⁴⁴⁵ In realtà, va ricordato che la Carta di Nizza è stata, comunque, oggetto di diversi orientamenti: si è, ad esempio, sostenuto che la Carta, in quanto mera dichiarazione politica, fosse priva di qualunque valore giuridico, cfr. S. RODOTÁ, *La Carta come atto giuridico e documento politico*, in A. MANZELLA- P. MELOGRANI- E. PACIOTTI - S. RODOTÁ', *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; altra dottrina, invece, ha mosso alcune critiche relative al contenuto della Carta, cfr. C. MORTE GÓMEZ, *El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea*, in *Commentarios a la Constitución Europea*, II, a cura di E. ÁLVAREZ CONDE- V. GARRIDO MAYOL, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.1613 e ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl.comp.eur.*, 2001, p.157 e ss.; Id. "L'ambigua formulazione della Carta dei diritti," in *Dir. pubbl.* 2001, p.50 e ss.; E.GROSSO, *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY cit., p. 172 e ss.; A. RODRÍGUEZ , *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, 2001, p.238

⁴⁴⁶ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren Werke AG c. Commissione*. Conformi cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 30 gennaio del 2002, causa T 54/99, *Max. Mobil c. Commissione*; sentenza del 03 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré c. Commissione*

alcune conclusioni degli Avvocati Generali della Corte di giustizia⁴⁴⁷, che in alcuni atti (normativi e non) adottati dalla Commissione⁴⁴⁸, dal Consiglio⁴⁴⁹ e dal Parlamento europeo⁴⁵⁰. Persino la Corte di Giustizia, dopo ben sei anni d'indifferenza, si è determinata espressamente a citare come fonte, in una sentenza del 2006⁴⁵¹, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (con specifico riferimento all'art. 24 volto alla tutela dei diritti del bambino).

Un terzo effetto da evidenziare è costituito dalla circostanza che i diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza, assurgendo (*ex novo* art.6 Tue) al rango di diritto comunitario primario, non sono più identificabili né quali principi di diritto comunitario derivato, né tanto meno quali principi giurisprudenziali. Il che, ovviamente, produce delle conseguenze rilevanti sotto il profilo delle procedure da seguire in caso di modifica delle disposizioni della Carta. I diritti sanciti dalla Carta di Nizza, infatti, non potranno essere modificati né in via giurisprudenziale (cioè, da sentenze della Corte

⁴⁴⁷ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio del 2001, causa C 173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, par.26,27,28 ; Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 10 luglio 2001, causa C-353/99, *P, Consiglio dell'Unione europea c. Heidi Hautala*; Conclusioni dell'avvocato generale Alber del 1 febbraio del 2001, causa C 340/99 *TNT Traco Spa c. Poste Italiane Spa*; Conclusioni dell'avvocato generale Mischo presentate il 22 febbraio del 2001, cause C 122/99 P e C 125/99 P, *D e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*.

⁴⁴⁸ Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 13 marzo 2001, Sec(2001) 380/3

⁴⁴⁹ Cfr. Consiglio UE, Decisione del 28 febbraio del 2002, 2002/187GAI; Decisione, 2001/903CE; Decisione quadro del 13 giugno 2002, 2002/475GAI; Decisione quadro del 13 giugno 2002, 2002/584GAI; ed ancora Cfr. Consiglio UE, Risoluzione del 14 febbraio 2002, 2002/C50/01; Risoluzione del 27 giugno 2002, 2002/C163/01

⁴⁵⁰ Cfr. Si pensi ad alcuni atti adottati attraverso la procedura di codecisione. Tra gli altri cfr. Regolamento CE 1049/2001 del 30 maggio 2001; Decisione 50/2002/CE del 7 dicembre 2001; Direttiva 2002/47CE del 6 giugno 2002

⁴⁵¹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 38 ss.

di giustizia), né da atti adottati dal legislatore comunitario (quali, ad esempio, regolamenti e direttive); pertanto, un emendamento dei diritti della Carta potrà essere posto in essere solo attraverso il formale esperimento della procedura di revisione dei trattati.

Un quarto profilo da segnalare lo si ravvisa nella circostanza che il Trattato di Lisbona, attribuendo valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza, rende la *riserva di legge ex art. 52* della Carta (prevista a tutela della “fondamentalità” dei diritti) diritto comunitario vigente. L’art.52 della Carta prevede, infatti, che: “*eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste (solo) dalla legge (...)*”. Ciò significa che, entrato in vigore il nuovo Trattato europeo, i diritti della Carta possono essere limitati - sussistendo le condizioni previste dall’art. 52 della Carta – soltanto da atti normativi adottati dal legislatore comunitario (escludendo, quindi, l’ingerenza di atti che, sebbene dotati di contenuto normativo, siano qualificabili come “atti esecutivi”)⁴⁵².

Ciò non di meno, non può disconoscersi che rimane irrisolto un problema di fondo.

L’art. 52, sebbene volto ad elevare il livello di protezione dei diritti fondamentali, continua a costituire (anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona) una chiara dimostrazione che la Carta di

⁴⁵² L’attribuzione alla riserva di legge ex art. 52 di un valore giuridico vincolante acquista ancor più rilevanza se si considera che l’art. 2 del Trattato di Lisbona, modificando l’art.251 del Trattato CE (che prende il nome di Trattato sul funzionamento dell’Unione), configura la procedura di codecisione (in cui Parlamento europeo e Consiglio si collocano su un piano di sostanziale parità) quale procedura legislativa ordinaria.

Nizza non riconosce situazioni soggettive giuridiche *inviolabili*⁴⁵³. Il citato articolo, infatti, consentendo al legislatore comunitario di disporre delle limitazioni alla portata di tali diritti (seppur nel rispetto di alcune condizioni espressamente previste, quali: “*l’intangibilità del contenuto essenziale del diritto*”, “*il rispetto del principio di proporzionalità e necessità* - delle limitazioni adottate -”, “*il perseguimento di finalità d’interesse generale riconosciute dall’Unione*”, “*l’esigenza di proteggere diritti e libertà altrui*”), esclude, come corollario diretto, la possibilità di considerare i diritti della Carta come diritti *inviolabili*.

Parte della dottrina⁴⁵⁴ ha evidenziato come questo mancato riconoscimento, da parte della Carta, di situazioni soggettive giuridiche inviolabili potrebbe determinare un abbassamento del livello di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, per due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, perché tale *omissione* rappresenta, certamente, un chiaro “passo indietro” rispetto alla struttura di alcuni ordinamenti giuridici nazionali (quali, ad esempio, il nostro ordinamento costituzionale). Giova, a tal proposito, evidenziare come la Costituzione italiana del 1948 attribuisca, ai sensi dell’art. 2

⁴⁵³ Sul concetto d’*inviolabilità* dei diritti, cfr. P.GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005, p.1e ss.

⁴⁵⁴ Cfr. P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, p. 150-151

Cost.⁴⁵⁵, il carattere dell'inviolabilità ad ogni situazione soggettiva giuridica configurabile come “*diritti dell'uomo*”.

In secondo luogo, la scelta, degli estensori della Carta, di giustificare eventuali compressioni dei diritti fondamentali in ragione di “*finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione*” espone i diritti della Carta di Nizza ad un rischio troppo grande. Permettere, infatti, che tali situazioni soggettive giuridiche siano modificate per ragioni d'interesse generale subordina, in realtà, la tutela dei diritti fondamentali alle decisioni e agli interessi di singoli gruppi che costituiscono (di volta in volta) la maggioranza politica rendendo, quindi, troppo fragile il sistema comunitario di protezione dei diritti dell'uomo.

Il riconoscimento di una Carta di Nizza giuridicamente vincolante implica, altresì, una rilettura del suo art.51, secondo cui “*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, e agli organi dell'Unione, (...) agli Stati membri (...) **esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione***”. Precisazione quest'ultima non da poco. Tale articolo, infatti, è sempre stato considerato come la conferma che il regime di protezione stabilito dalla Carta non mira a “*perforare il diritto interno degli Stati europei* (sostituendosi ai sistemi di tutela dei singoli Stati membri) ma *assume un carattere complementare* (integrando i regimi di libertà e diritti già affermati nelle singole tradizioni costituzionali

⁴⁵⁵ Sull'orientamento secondo cui l' art.2 Cost. costituirebbe una *clausola aperta* del nostro testo costituzionale, cfr. A. BARBERA, *Sub. Art.2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, p.65 e ss.

nazionali)⁴⁵⁶. In altri termini, la funzione fino ad oggi riconosciuta all'art. 51 è stata la seguente: tale articolo, precisando l'ambito di applicazione della Carta di Nizza, consente di stabilire implicitamente (attraverso un ragionamento *a-contrario*) i limiti di esercizio del potere degli organi comunitari (tra cui, in primo luogo, la Corte di giustizia) in materia di diritti fondamentali.

A tale interpretazione, però, è possibile, oggi, affiancare, una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona, una nuova lettura dell'art. 51; in questo caso, tuttavia, non si tratta di limitare l'azione delle istituzioni comunitarie in materia di tutela dei diritti dell'uomo, ma, al contrario, di estendere l'ambito di applicazione della Carta. Ben vero, quella parte dell'articolo 51 che recita “*Le disposizioni della presente Carta si applicano (...) esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*” potrà, infatti, essere interpretata nel senso che, ogni qual volta Autorità nazionali degli Stati membri saranno chiamate ad applicare il diritto comunitario, dovranno- come condizione necessaria di tale applicazione – rispettare i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁴⁵⁷.

Ed ancora, va evidenziato che la Carta di Nizza, acquistando (con il nuovo Trattato europeo) valore giuridico cogente, costituisce, altresì, un parametro di riferimento per orientare l'azione delle varie Pubbliche Amministrazioni nazionali.

⁴⁵⁶ Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, cit., p.148

⁴⁵⁷ In tal senso, cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p.54

Ad esempio, con riferimento al nostro ordinamento, l'art.1 della legge n.241/1990 (rubricato *principi generali dell'attività amministrativa*) stabilisce che “*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...) secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*⁴⁵⁸”. Ciò significa che l'azione amministrativa delle P.P.A.A. italiane dovrà tenere conto anche delle disposizioni della Carta di Nizza (che, con il Trattato di Lisbona, diventa diritto comunitario vigente), con particolare riferimento ad alcuni principi, quali: il principio di legalità ed il principio di buona amministrazione ex art.41 della Carta (rubricato *Diritto ad una buona amministrazione*).

La circostanza per cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione diventa a tutti gli effetti, con il nuovo Trattato europeo, diritto comunitario sollecita due ulteriori considerazioni.

In primo luogo, bisognerà applicare anche alla Carta di Nizza il principio del *primato del diritto comunitario sul diritto interno*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Nello spazio giuridico europeo è stato rilevato che si assiste ad una sorte di coordinamento *morbido* fra dimensione europea e dimensione nazionale e questo avviene attraverso ciò che è definito “principio di equivalenza”. Tant'è che il diritto amministrativo europeo si caratterizzerebbe “.... per la centralità non del potere di regolare, ma degli interessi da tutelare, che operano come limiti al diritto nazionale ed europeo di regolare, in quanto richiedono il rispetto non solo dei principi tradizionali, come il principio di legalità e il principio di ragionevolezza, ma anche del principio di equivalenza, dal quale deriva il divieto di una regolazione multipla quando la tutela può essere assicurata in condizioni di equivalenza, escludendo, così, sia la uniformazione delle regole di tutela, sia la loro mutua esclusione” (L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006, pp. 175-176).

⁴⁵⁹ Come è noto la Corte Costituzionale italiana ha accolto il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno a seguito di una travagliata evoluzione giurisprudenziale, durata più di un quarantennio, che può essere divisa in quattro fasi principali. La prima fase del succitato processo giurisprudenziale è stata scandita dalla

Ciò significa che, nel nostro ordinamento, in caso di contrasto tra una norma della Carta direttamente applicabile ed una norma interna difforme il giudice comune (che ha il “potere-dovere” di effettuare un sindacato diffuso di conformità, ai trattati e alle norme comunitarie direttamente applicabili, del diritto interno) dovrà, così come stabilito dalla sentenza della Corte Costituzionale n.170/1984⁴⁶⁰, garantire la prevalenza della Carta di Nizza (in

sentenza del 7 marzo 1964 n.14; con tale decisione, infatti, il Giudice delle leggi ha affermato il principio in base al quale il giudice comune, in caso di eventuale contrasto tra norma comunitaria e norma nazionale, avrebbe dovuto applicare il tradizionale criterio cronologico. Nello specifico, la Consulta, per giungere alla suesposta conclusione, è partita dal presupposto di sancire la *pariordinazione* dei regolamenti europei alle fonti nazionali di rango primario; pertanto, il Giudice delle leggi, una volta attribuito a tali norme comunitarie il medesimo rango della legge formale ordinaria, non ha avuto difficoltà ad invocare, quale criterio di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e nazionale, il tradizionale criterio “*lex posterior derogat legi priori*”. La seconda fase è stata inaugurata dalla sentenza del 27 dicembre 1973 n.183, caso *Frontini*. In tale decisione la Consulta sancisce tre punti fondamentali. In primo luogo, la Corte ribadisce che i regolamenti comunitari sono norme dotate non solo di forza e valore di legge ma, altresì, di *diretta applicabilità* nell’ordinamento interno. In secondo luogo, afferma, per la prima volta, il principio del *primato* del diritto comunitario sulle norme nazionali interne (anche successive alla norma comunitaria). In terzo luogo (ed è questo l’aspetto che qui rileva maggiormente!), la Corte costituzionale riconosce ad essa stessa il compito di garantire la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ritenendosi competente a dichiarare, per violazione indiretta dell’art.11 Cost., l’illegittimità costituzionale della norma interna difforme. Il passaggio alla terza fase ha avuto inizio quando la Consulta, al fine di rispondere alla decisione *Simmmenthal* del 1978 della Corte di giustizia, ha pronunciato la sentenza del 8 giugno 1984, n.170 (v. nota successiva). La quarta fase è stata caratterizzata da una serie di pronunce che hanno segnato da un lato, un recupero, da parte della Corte, di alcune sue competenze e dall’altro, una leggera attenuazione della *concezione dualistica* degli ordinamenti. A dimostrazione di quanto detto, si prenda in considerazione quell’orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 10 novembre 1994, n.384; sentenza del 30 marzo 1995, n.94; sentenza del 7 novembre 1995, n.482; sentenza del 28 dicembre 1995, n.520) affermatosi nella fase in esame, volto a riaffermare la competenza della Consulta nel sindacare leggi regionali e statali che, in quanto difformi dal diritto comunitario, siano state impugnate in via principale. Ed ancora, si pensi a quelle pronunce (tra le altre, cfr. Corte costituzionale, sentenza del 13 giugno 2000, n.190) con cui la Corte ha attribuito al diritto comunitario la funzione di “orientare” l’interpretazione del diritto nazionale.

⁴⁶⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 170/1984 (c.d. La Pergola, dal nome del suo relatore). Tale sentenza ha deciso una controversia originata dal giudizio promosso dal Tribunale di Genova che ha censurato, in riferimento all’art.11 Cost., l’art.3 del d.P.R. 22 settembre 1978, n.695(avente ad oggetto le “Modificazioni alle disposizioni preliminari della tariffa

quanto norma comunitaria) disapplicando la norma interna⁴⁶¹. A ciò va, inoltre, aggiunto che il giudice comune - divenuta la Carta

dei dazi doganali di importazione della Repubblica Italiana”), così testualmente formulato: “*La norma di cui al punto 2, secondo comma, dell’art.6, delle disposizioni preliminari della tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica italiana, quale risulta modificata con l’art.1 del presente decreto, ha l’effetto dall’11 settembre 1976*”. Nello specifico, secondo il giudice a quo la violazione indiretta dell’art.11 Cost. è stata causata dal fatto che la norma censurata avrebbe determinato una violazione delle seguenti norme comunitarie: a) il principio, consacrato nell’art.189 del Trattato di Roma, della efficacia immediata dei regolamenti emessi dagli organi della CEE. E ciò perché, secondo la giurisprudenza della Corte, qualsiasi trasformazione o ricezione del diritto comunitario nel diritto interno, ancorché operata mediante norme di carattere meramente riproduttivo, risulterebbe incompatibile con l’automatica applicabilità della produzione giuridica derivata dal Trattato, e ne sottrarrebbe indebitamente l’interpretazione alla Corte del Lussemburgo, alla quale spetta ex art.177 del Trattato, la cognizione delle questioni pregiudiziali interpretative, necessaria e fondamentale garanzia dell’applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli Stati membri. b) l’art.177 del Trattato. Tale norma si considera lesa anche in considerazione del fatto che la norma censurata confligge con il regolamento comunitario come interpretato dalla Corte di Lussemburgo, e così incide sul vincolo scaturente da tale pronuncia per qualsiasi giudice nazionale.

⁴⁶¹ La rilevanza della sentenza La Pergola sta nel fatto che con essa il Giudice delle leggi, sebbene ribadisca il primato del diritto comunitario sul diritto interno, cambia completamente prospettiva rispetto al precedente orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia (si fa riferimento, in particolare, alla sentenza n.183/1973); e, inoltre, fissa alcuni punti fondamentali che costituiscono, ancora oggi, dei capisaldi della disciplina avente ad oggetto i rapporti tra ordinamento comunitario e quello nazionale. Un primo aspetto fondamentale della decisione in esame riguarda il fatto che con essa la Consulta accoglie una *concezione dualista* dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno; in altre parole, la Corte sancisce il principio in base al quale il sistema giuridico comunitario ed il nostro ordinamento costituzionale “*sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato*” (cfr. considerato in diritto della motivazione Corte cost. sent. n. 170/1984; punto 4). A conferma ulteriore di quanto detto, si consideri quella parte della motivazione in cui si afferma che “*(...) l’ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall’aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell’art.11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate*” (cfr. considerato in diritto della motivazione Corte cost. sent. n. 170/1984; punto 4, *ad finem*). Una volta chiarito il rapporto tra i due ordinamenti giuridici, la Consulta, nella decisione in commento, prende in esame il problema dell’eventuale antinomia tra norma comunitaria e norma interna. Ciò che qui rileva evidenziare è il fatto che il Giudice delle leggi, al fine di riconoscere il primato della normativa comunitaria, abbandona la soluzione accolta nella sentenza n.183/1973 (che prevedeva che fosse la Corte stessa a dichiarare l’illegittimità della norma interna difforme per violazione indiretta dell’art.11 Cost.) e affida il compito di garantire la prevalenza dell’ordinamento comunitario al “potere-dovere” di *disapplicazione* del giudice comune. È interessante

di Nizza, a pieno titolo, diritto comunitario - è legittimato, nel corso di un giudizio, a sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'interpretazione delle disposizioni della Carta stessa.

In secondo luogo, la Carta di Nizza, con il Trattato di Lisbona, assurge (indirettamente) a strumento di tutela dei principi fondamentali posti alla base dei singoli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. A tal proposito, giova ricordare che le Corti costituzionali degli Stati membri hanno più volte imposto, come condizione di riconoscimento del principio del primato del diritto comunitario, l'intangibilità dei principi supremi del proprio ordinamento nazionale. Tale è stato, ad esempio, l'orientamento

notare come la Consulta giunga alla suesposta conclusione attraverso un *iter* logico-giuridico scandito, principalmente, da tre passaggi logici. Innanzitutto, la Corte riconosce al giudice comune un "potere-dovere" di effettuare un sindacato diffuso di conformità, ai trattati e alle norme comunitarie direttamente applicabili, del diritto interno.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi precisa che l'effetto prodotto dal diritto comunitario direttamente applicabile non è quello di *caducare* la norma interna difforme ma, semmai, d'*impedire* che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia(cioè, la norma comunitaria determina la *disapplicazione* della norma interna). A conferma di quanto detto, si faccia riferimento a quella parte della motivazione, della decisione in esame, in cui la Consulta dichiara, espressamente, che "*il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all' interno dello stesso ordinamento statuale, e ad opera delle sue fonti*"(cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. cost. sent. n. 170/1984; punto 5). Infine (ed è questo il terzo passaggio logico della motivazione), una volta affermato il dovere di disapplicazione del giudice comune, la Corte precisa che, comunque, rimane competente nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi statali volte ad impedire l'osservanza del Trattato in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi.

della Corte Costituzionale tedesca⁴⁶², così come quello della Corte costituzionale italiana che ha elaborato la c.d. “teoria dei controlimiti”⁴⁶³ (secondo cui il Giudice delle leggi può intervenire ogni qual volta una norma comunitaria sia in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, attraverso lo strumento indiretto della dichiarazione d’incostituzionalità della legge nazionale che dà esecuzione al trattato).

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, quindi, appare evidente che una Carta di Nizza giuridicamente vincolante (che riconosce principi equiparabili e, comunque, assimilabili ai principi supremi degli Stati membri e rappresenta, al tempo stesso, parametro di validità degli atti comunitari) costituirà un’ulteriore

⁴⁶² Cfr. Corte Costituzionale tedesca, sentenza del 29 maggio 1974 *BVerfGE* 37 (detta *Solange I*); sentenza del 22 ottobre 1986 *BVerfGE* 73 (detta *Solange II*), sentenza del 12 ottobre 1993 *BVerfGE* (caso *Brunner c. Trattato di Maastricht*).

⁴⁶³ Cfr. Corte Cost. sent. n. 183/1973, caso *Frontini* (in questa decisione la Corte dichiara espressamente la sua competenza nel sindacare la legittimità delle norme comunitarie, suscettibili di venire in rilievo all’interno del suo giudizio, ogni qual volta esse possano “violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana” - cfr. considerato in diritto della motivazione della sentenza de qua, punto 9 -); sent. n. 170/1984. In tale decisione si afferma, infatti, che “(le argomentazioni volte ad affermare il primato dell’ordinamento comunitario ed il compito esclusivo del giudice comune di dirimere i contrasti tra norme interne e comunitarie) non implicano, tuttavia, che l’intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana” (cfr. considerato in diritto della motivazione della pronuncia in esame, punto 7); sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, caso *Fragd*. In tale decisione la Corte, nel riaffermare la propria competenza a sindacare la conformità (ai principi supremi del nostro ordinamento) di qualunque norma del Trattato comunitario così come interpretato ed applicato dalle istituzioni comunitarie, ribadisce due punti fondamentali: in primo luogo, chiarisce che la dichiarazione d’incostituzionalità della legge nazionale di esecuzione non è altro che uno strumento indiretto (la Corte parla, al riguardo, di “parametro meramente interposto”) per estendere il controllo di costituzionalità a tutte le norme di diritto comunitario (anche derivate); in secondo luogo, precisa che, nel caso di dichiarazione d’illegittimità costituzionale della legge nazionale di esecuzione, la normativa comunitaria diviene immediatamente inapplicabile all’ordinamento interno.

importante garanzia che il diritto comunitario, sebbene (in linea di principio) prevalente sul diritto interno, non incida negativamente sui principi supremi degli ordinamenti costituzionali nazionali.

A ciò, occorre aggiungere un'ulteriore riflessione.

La Corte costituzionale italiana ha, comunque, ritenuto nella sentenza n.170/1984 la propria competenza (fermo restando il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno ed il dovere, in capo al giudice comune, di disapplicazione della norma interna contrastante con una norma comunitaria) a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi statali e regionali *“dirette ad impedire o a pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi*, (in quanto)(...) *la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, in diretto e puntuale adempimento dell'art.11 Cost.* ”⁴⁶⁴. Tale statuizione deve essere letta, anche, in relazione al nuovo art.117 Cost., comma1 (così come sostituito dalla legge costituzionale n.3 del 18 ottobre 2001) secondo cui *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...)dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*⁴⁶⁵”. Sulla

⁴⁶⁴ Cfr. considerato in diritto della motivazione Cort. Cost. sent. n. 170/1984; punto7

⁴⁶⁵ L'introduzione del “vincolo derivante dall'ordinamento comunitario” espressamente previsto nella nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione è stata considerata come una iterazione del precetto già contenuto nell'art. 11 della Costituzione, la c.d. “tesi continuista” (C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *F.it*, 2001, parte quinta, p.194 e ss.; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, p.913 e ss.) ovvero come ulteriore tappa d'integrazione vs l'unitarietà dell'ordinamento (P.BILANCIA,

base di quanto si è finora esposto si potrebbe, quindi, ritenere che la Carta di Nizza (contenendo, al contempo, principi rientranti nel “*nucleo essenziale dei principi del Trattato dell’Unione*” e “*vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario*”) assurgerà nel nostro ordinamento - avendo acquisito valore giuridico vincolante - a parametro interposto di costituzionalità⁴⁶⁶. In altri termini, in

Ancora sulle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali, in www.statutiregionali.it, 2002; M.P.CHITI, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l’influenza della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, p.1401 e ss.). La giurisprudenza della Suprema Corte, escludendo che sia stato introdotto un nuovo e formale parametro di “conformità comunitaria” delle leggi, sostanzialmente sposa la tesi “minimalista”, relegando la nuova disposizione come disciplina regolativa dei rapporti tra ordinamenti e continuando a ritenere l’art. 11 della Costituzione come unica fonte cui far riferimento per la prevalenza del diritto europeo su quello interno (Corte di Cassazione, III, civ., sentenza del 2 marzo 2005, n. 4466). Più di recente, la Corte Costituzionale con la sentenza del 28 marzo 2006, n.129 ha considerato il diritto comunitario come norma interposta e quale parametro di costituzionalità, sino ad arrivare alla sospensione del processo (ordinanza del 15 aprile 2008, n.103) al fine di rimettere la preliminare questione interpretativa (*ratione materiae*) alla Corte di giustizia.

⁴⁶⁶ L’affermazione della Carta di Nizza quale parametro interposto di costituzionalità costituirebbe il punto di arrivo di quel processo di progressivo richiamo che i Giudici costituzionali nazionali hanno cominciato a fare, nelle proprie sentenze, fin da quando la Carta costituiva una mera dichiarazione politica. Si pensi, ad esempio, alla sentenza del 30 novembre 2000, n.292 del Tribunale costituzionale spagnolo (in cui il Tribunale costituzionale ha motivato la dichiarazione d’incostituzionalità di alcune disposizioni della legge n.15/99 in materia di *privacy* facendo espresso riferimento alla Carta di Nizza). Ed ancora, si pensi alle sentenze della Corte Costituzionale n.135 del 24 aprile 2002 e n.445 del 12 novembre 2002 (cfr. Corte Cost. sent. n.135/2002 ; sent. n.445/2002 , in *Giur cost.*, 2002, p.1062 e ss.). Nella sentenza n.135/2002, la Corte è stata chiamata a decidere se l’attività investigativa consistente nella captazione d’immagini in luoghi di privata dimora potesse determinare una lesione del diritto all’ inviolabilità del domicilio. Ebbene, la Corte, pervenendo alla conclusione che tale attività investigativa è legittima, motiva la sua decisione sulla base di due ordini di considerazioni: in primo luogo, precisa che le limitazioni ammissibili alla libertà di domicilio non sono solo quelle previste dall’art.14 co.2 Cost .; in secondo luogo(ed è questo l’aspetto che qui rileva maggiormente), ribadisce, facendo espresso riferimento alla Carta di Nizza, che “*l’ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo e delle libertà fondamentali (si fa riferimento all’art.8 CEDU),né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (si fa riferimento all’art.17),né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre del2000(si fa riferimento agli artt.7e52)*”. Ma c’è di più. Nella decisione in commento, infatti, la Corte non si è limitata a richiamare la Carta di Nizza a fondamento della sua decisione, ma ha precisato che la necessità di dover tenere conto, ai fini della

presenza di un'antinomia tra una norma interna ed una norma della Carta di Nizza *non direttamente applicabile* non è da escludere che possa essere sollevata una questione di costituzionalità per violazione indiretta degli artt.117,comma1 e 11 Cost.

Due ultime osservazioni vorremmo fare.

Innanzitutto, bisogna prendere atto che una Carta di Nizza dotata di valore giuridico cogente determinerà, con tutta probabilità, un cambiamento radicale del sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, per tre ordini di ragioni⁴⁶⁷:

A)La Corte di giustizia perderà gran parte dell'attuale potere d'individuare, *iure pretorio*, situazioni soggettive giuridiche fondamentali da tutelare.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione segna il passaggio da un sistema di

risoluzione del caso concreto, del documento in questione deriva dal fatto che, sebbene non sia dotato di valore giuridico, esso presenta un "*carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei*". Nella sentenza n.445/2002, invece, la Consulta è stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale *dell'obbligo di celibato e nubilato* imposto dalla legge come condizione per poter accedere al corpo della guardia di finanza. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto in questione, sostenendo che tale norma sarebbe risultata in palese contrasto con il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici (*ex art. 51 co1 Cost.*), con il diritto di contrarre matrimonio (*ex artt.29 e 2 Cost. e ex art.16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948*) e con il diritto a non essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella vita privata (*ex art.12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, art.8 della CEDU e art.7 della Carta di Nizza.*).

Ma, più che la decisione del caso di specie, ciò che ai fini della nostra ricerca rileva maggiormente è che la Corte, nella decisione in commento, ha fatto esplicito riferimento alla Carta di Nizza non solo per rafforzare il contenuto degli artt.2e29 della Costituzione ma anche, per richiamare a fondamento della sua decisione, utilizzandola come parametro autonomo (cioè, senza alcun riferimento al testo costituzionale), il diritto *a non subire interferenze arbitrarie nella vita privata*.

⁴⁶⁷ Sull'orientamento secondo cui la Carta di Nizza, una volta acquisito valore giuridico vincolante, comporterà un drastico cambiamento del sistema di protezione comunitaria dei diritti dell'uomo, cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p.948

tutela comunitario dei diritti dell'uomo (fondamentalmente) libero da un preciso quadro normativo di riferimento ad un sistema di protezione (saldamente) ancorato ad un catalogo di diritti dotato della medesima forza giuridica dei trattati. Pertanto, la Corte di giustizia, innanzi ad una catalogo giuridicamente vincolante che dispone, *a priori*, quali diritti vanno considerati fondamentali (e quindi, tutelati), vedrà – inevitabilmente – limitare il proprio potere di stabilire, *iure pretorio* (ad esempio utilizzando, come spesso fatto, il riferimento alle “*tradizioni costituzionali comuni*” - ex art.6 Tue - come un parametro aperto), quali situazioni soggettive giuridiche siano, di volta in volta, qualificabili come *fondamentali* e, quindi, degne di protezione comunitaria.

B) La Carta di Nizza - riconoscendo insieme, senza alcuna distinzione di sorta, diritti civili e politici e diritti economici sociali e culturali - dimostra che(dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato europeo) il sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali prescinde, ormai, dalla natura economica del diritto tutelato.

C) L'acquisizione, da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, di un valore giuridico vincolante innalza il livello di protezione dell'individuo (in materia di diritti dell'uomo) anche da un punto di vista *strettamente processuale*.

Nel diritto comunitario, infatti, non vige il principio *iura novit curia*; pertanto, in caso di violazione dei diritti umani, spetta al ricorrente dimostrare, innanzi al giudice comunitario, l'esistenza del diritto fondamentale dedotto in giudizio e l'eventuale

violazione lamentata. Ciò ha reso, in alcune circostanze, quanto mai difficile per il singolo individuo - in assenza di un catalogo di diritti fondamentali giuridicamente vincolante - la possibilità di ottenere, a livello comunitario, tutela giurisdizionale del proprio diritto leso. In mancanza di una Carta dei diritti cogente, infatti, il ricorrente, ogni qual volta avesse lamentato una lesione di una situazione soggettiva giuridica non riconosciuta (in via giurisprudenziale) dalla Corte di giustizia, avrebbe dovuto provare l'esistenza di un diritto fondamentale non ritenuto (sino a quel momento), dalla giurisprudenza comunitaria, degno di tutela (facile intuire, al riguardo, le difficoltà probatorie!). Viceversa, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'esistenza di un dettagliato catalogo di diritti fondamentali normativamente vincolante (quale, appunto, la Carta di Nizza) consente a ciascun ricorrente, in sede di giudizio innanzi al giudice comunitario, di provare l'esistenza (e la rilevanza comunitaria) del diritto fondamentale leso indipendentemente dai precedenti giurisprudenziali del Tribunale di prima istanza e della Corte di giustizia.

La seconda considerazione riguarda il fatto che il Trattato di Lisbona, nel sostituire l' art. 6 Tue, ne elimina il previgente paragrafo 3, secondo cui: *“l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri”*.

Ciò rileva sotto un duplice profilo.

In primo luogo, tale eliminazione risulta in linea con quelle disposizioni del nuovo Trattato europeo che (riprendendo uno degli

aspetti più importanti del Trattato-Costituzione del 2004) attribuiscono all'Unione piena personalità giuridica. In altri termini, i redattori del Trattato di Lisbona, con l'eliminazione del riferimento alle *identità nazionali degli Stati membri*, sembrano voler, ulteriormente, evidenziare quel radicale cambiamento dell'Unione che, mutando (con l'eliminazione delle Comunità europee) la sua originaria struttura basata su "tre pilastri", ambisce - con il nuovo Trattato europeo - ad assumere, sostanzialmente, l'ontologica struttura di un soggetto giuridico unitario.

In secondo luogo (ed è questo l'aspetto che in questa sede si vuole, soprattutto, evidenziare), va notato come la scelta di eliminare dall'art.6 Tue il riferimento alle *identità nazionali degli Stati membri* rafforzi, ulteriormente, la futura funzione *attributiva* della Carta circa i diritti fondamentali dell'Unione. La Carta di Nizza, infatti, costituisce, una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona, un catalogo giuridicamente vincolante che, nel ricomprendere una serie di principi e valori assimilabili ai principi e valori fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, li rende valori fondamentali dell'Unione (eliminando quindi, in materia di riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali, distinzioni legate alle singole dimensioni nazionali). Va, però, osservato che l'eliminazione del paragrafo 3 viene, comunque, temperata dal mantenimento (sempre nell'ambito del nuovo art.6 Tue) del riferimento alle "*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*" e dall'ulteriore precisazione che i diritti da esse

riconosciuti costituiscono (con i diritti garantiti dalla CEDU) *principi generali del diritto dell'Unione*.

3.2. ALCUNE AMBIGUITÀ IRRISOLTE

Attraverso le argomentazioni sin qui svolte (v. paragrafo precedente) si è tentato di mettere in luce alcune delle conseguenze positive (*valutativamente* considerate) più importanti che il Trattato di Lisbona produrrà, attribuendo valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza, in materia di riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali.

In realtà, però, delle perplessità rimangono.

Il nuovo Trattato europeo, infatti, contiene alcune disposizioni particolarmente ambigue che, oltre a generare complessi problemi interpretativi, sembrano dimostrare, di fatto, l'irrealizzabilità di una futura integrazione politica europea effettiva e completa (specie, in materia di diritti fondamentali).

Si ritiene opportuno porre l'accento su tre aspetti.

Un primo profilo particolarmente problematico riguarda il fatto che la Carta di Nizza non viene menzionata in nessuno degli articoli del Trattato di Lisbona volti ad individuare i *trattati fondativi dell'Unione*. Della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, infatti, non se ne fa alcun cenno né all'interno dell'art.1 TUE (così come modificato dal Trattato di Lisbona) che si limita ad affermare che *“l'Unione si fonda sul presente Trattato e sul Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (...)”*, né tanto meno

nell'ambito del nuovo articolo 1-*bis* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (introdotto dal Trattato di Lisbona), secondo cui “*il presente Trattato e il Trattato sull'Unione europea costituiscono i trattati su cui è fondata l'Unione*”. Ciò costituisce, chiaramente, una contraddizione del nuovo Trattato europeo che da un lato rende cogente (attribuendole lo stesso valore giuridico dei Trattati) una Carta volta a ricomprendere tutti quei principi fondamentali e valori fondanti l'ordinamento comunitario, e dall'altro, però, non la inserisce, espressamente, tra i documenti normativi posti alla base dell'Unione. Tale contraddizione, quindi, parrebbe celare il timore, da parte degli Stati membri, di una esplicitazione *apertis verbis* che il riconoscimento dei diritti fondamentali divenga uno degli elementi qualificanti della specificità “ontologica” dell'Unione stessa. In altri termini, questa “*freudiana omissione*” costituirebbe la riprova che il “nocciolo duro” dell'Unione europea continui ad essere rappresentato (fermo restando quel processo di progressiva apertura verso i diritti fondamentali) pur sempre dal nucleo aggregativo di base degli interessi economici.

Un altro grande problema interpretativo deriva dall'assenza di un qualunque riferimento alla Carta di Nizza nell'ambito del nuovo art. 48 TUE (così, come sostituito dal Trattato di Lisbona) disciplinante le modalità di revisione dei trattati (tale articolo, in particolare, prevede due procedure di revisione dei trattati: una procedura ordinaria ed una procedura semplificata). Ciò potrebbe, infatti, consentire una pericolosa interpretazione in base alla quale

eventuali revisioni della Carta di Nizza dovrebbero svolgersi non secondo le regole e le garanzie previste dall'art. 48 Tue, ma secondo le tradizionali norme che disciplinano il diritto internazionale dei trattati. Pertanto, se si dovesse, in futuro, consolidare tale orientamento interpretativo, sarebbe consentito modificare, in modo significativo, il contenuto della Carta senza dover richiedere (così come, invece, disposto dal nuovo art.48 Tue, paragrafo 3- al chiaro fine di limitare modifiche dei trattati di ampio respiro-) l'intervento di una convenzione costituita "*da rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione*", ma semplicemente ottenendo - così come previsto dal diritto internazionale dei trattati - l'unanimità degli Stati membri (ipotesi, questa, evidentemente, più facile da realizzare).

In sintesi, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si potrebbe determinare una situazione davvero singolare, nel senso che la Carta di Nizza (pur essendo dotata dello stesso valore giuridico dei trattati, e sebbene volta alla tutela di diritti considerati - per la rilevanza dei beni della vita protetti - *fondamentali*) risulterebbe soggetta ad una procedura di revisione (molto) più semplificata rispetto a quella prevista per modifiche di ampio respiro relative al Trattato sull'Unione europea ed al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Resta, poi, da esaminare, tra le grandi ambiguità del Trattato di Lisbona, il Protocollo (annesso al testo del nuovo Trattato europeo)

sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito.

Tale Protocollo infatti, che ha – ai sensi del nuovo art. 49 b Tue (secondo cui: “ *i protocolli e gli allegati ai trattati ne costituiscono parte integrante*”) – lo stesso valore giuridico dei trattati, costituisce un evidente strumento di affievolimento della cogenza attribuita (dal Trattato di Lisbona) alla Carta di Nizza⁴⁶⁸. Il Protocollo, in particolare, limita la vincolatività e l'applicabilità della Carta nell'ambito degli ordinamenti interni del Regno Unito e della Polonia riconoscendo un diritto di *opting out*, a favore dei due Stati membri, che si articola (principalmente) su tre punti:

A) La Carta di Nizza non legittima né la Corte di Giustizia, né (tanto meno) gli organi giurisdizionali della Polonia e del Regno Unito a dichiarare, in quanto contrastanti con le disposizioni della Carta stessa, l'irregolarità o l'invalidità di atti (amministrativi o normativi) interni all'ordinamento britannico o polacco (cfr. art. 1, paragrafo 1).

B) I diritti fondamentali previsti nel titolo IV della Carta sono azionabili e tutelabili innanzi ad un organo giurisdizionale britannico o polacco solo se espressamente riconosciuti, altresì, dai diritti interni dei due Stati membri (cfr. art. 1, paragrafo 2).

C) Tutte quelle disposizioni della Carta di Nizza che fanno riferimento a *leggi e pratiche nazionali* sono applicabili alla Polonia ed al Regno Unito solo nella misura in cui hanno ad

⁴⁶⁸ Analogamente va letta la peculiarità delle *deroghe* previste per la Repubblica Ceca e per l'Irlanda.

oggetto diritti riconosciuti, anche, dagli ordinamenti interni dei due Stati in questione (cfr. art. 2).

Sulla base di quanto detto, è intuibile che il Protocollo paventi il timore del Regno Unito e della Polonia che la Carta di Nizza (acquisendo, con il Trattato di Lisbona, valore giuridico vincolante) determini un'ingerenza eccessiva dell'ordinamento comunitario nell'ambito degli ordinamenti interni. Ciò si arguisce, peraltro, se si considera che all'inizio dell'art.1, paragrafo 2 - sebbene il precedente paragrafo 1 neghi, espressamente, l'applicabilità della Carta di Nizza negli ordinamenti interni dei due Stati – i redattori del Protocollo hanno scelto di precisare, ulteriormente (con la singolare espressione “*in particolare e per evitare dubbi*”⁴⁶⁹), la non invocabilità di tutti quei diritti fondamentali previsti dalla Carta ma non riconosciuti dagli ordinamenti della Gran Bretagna e della Polonia.

In realtà però, come acutamente osservato⁴⁷⁰, le ragioni che hanno spinto il Regno Unito e la Polonia a chiedere (ed ottenere) il Protocollo in commento rispondono a finalità differenti.

I Britannici, infatti, hanno voluto evitare che la Carta di Nizza, in forza dei numerosi *diritti sociali* in essa contenuti, determinasse (una volta acquistato pieno valore giuridico) una compressione eccessiva delle libertà riconosciute, dall'ordinamento della Gran Bretagna, a favore dei propri imprenditori.

⁴⁶⁹ Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., pp.175-179. L'autore, in particolare, evidenzia come il *Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito* costituisca, probabilmente, l'unico testo normativo emanato da uno stato democratico liberale che contenga la singolare espressione: “*in particolare e per evitare dubbi*”.

⁴⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, pp.50, 178-179

Quanto detto acquista ancor più significato se letto alla luce di due considerazioni.

In primo luogo, va ricordato che la Carta di Nizza costituisce - rappresentando un elemento di rottura con la tradizionale distinzione tra diritti *civili e politici* e diritti *economici, sociali e culturali* ⁴⁷¹(che ha, nel tempo, finito per condizionare anche le forme di tutela di tali situazioni soggettive giuridiche ⁴⁷²) – il primo esempio ⁴⁷³ di strumento sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali che riconosca insieme diritti *civili e politici* e diritti *economico-sociali*.

In secondo luogo, va evidenziato che la Carta di Nizza si distingue, come detto da parte della dottrina ⁴⁷⁴, per un contenuto (particolarmente) innovativo che contempla una serie di nuovi diritti volti a soddisfare interessi sorti in seguito: all'evoluzione

⁴⁷¹ Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali e sulle problematiche attinenti ad un'etica dello sviluppo, cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, p.71 e ss.

⁴⁷² Tradizionalmente, infatti, i sistemi internazionali di tutela dei diritti si sono differenziati proprio sulla base della natura della situazione soggettiva giuridica tutelata. In particolare, i diritti *civili e politici* risultano protetti a livello internazionale dal *Patto internazionale dei diritti civili e politici* ed a livello regionale dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*; mentre i diritti *economici, sociali e culturali* sono stati tradizionalmente tutelati attraverso il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (a livello internazionale) e attraverso la *Carta sociale europea* (a livello regionale).

⁴⁷³ In realtà, il primo strumento internazionale di protezione dei diritti fondamentali che ha riconosciuto insieme diritti civili e politici e diritti sociali, economici e culturali è la *Carta Africana dei Diritti degli Uomini e dei Popoli del 28 giugno 1981*. Il suo Preambolo, infatti, recita che “*i diritti civili e politici non possono essere dissociati dai diritti economici sociali e culturali tanto nella loro concezione, così come nella loro universalità e che la soddisfazione dei diritti economici sociali e culturali è una garanzia per l'esercizio dei diritti civili e politici*”. A ciò si aggiunga che la Carta Africana, definendo i diritti da essa sanciti quali diritti dei “*popoli*”, finisce per ricomprendere anche i c.d. diritti di terza generazione(quali, ad esempio, il *diritto ad un ambiente sano* – art.24- e il *diritto alla pace ed alla sicurezza* –art.23 -).

⁴⁷⁴ Cfr. E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA- P. MELOGRANI- E. PACIOTTI - S. RODOTA', *Riscrivere i diritti* cit.,p.14 e ss.

delle tecnologie (si pensi, ad esempio, all'art.3 che tutela il diritto all'*integrità fisica e psichica della persona*, anche, in materia di *biotecnologie*), all'esigenza di tutelare soggetti con caratteristiche particolari (si pensi ai diritti del *bambino ex art. 24*, degli *anziani ex art.25*, dei *disabili ex art.26*), e (anche, e soprattutto) **ai più recenti sviluppi economico-sociali** (si pensi al *diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa ex art.27*, alla *tutela in caso di licenziamento ingiustificato ex art.30*, al diritto ad *una sicurezza sociale e ad una assistenza sociale ex art.34*).

La Polonia⁴⁷⁵, non temendo (al contrario del Regno Unito) l'impatto che i diritti sociali della Carta avrebbero potuto determinare nel proprio ordinamento interno, ha voluto, invece, limitare, attraverso il Protocollo, una possibile ingerenza dell'Unione nelle politiche statali aventi ad oggetto: la moralità pubblica, il diritto di famiglia, e la protezione della dignità e dell'integrità fisica e morale dell'uomo.

Ciò si può ricavare, come già evidenziato⁴⁷⁶, dai progetti di due dichiarazioni del 2007 presentate dal Governo polacco in sede di conferenza intergovernativa.

Nella prima dichiarazione (dal nome *Dichiarazione della Polonia relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) si precisa, infatti, che: “*La Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del*

⁴⁷⁵ In questa fase la Polonia è stata guidata dai fratelli *Lech* e *Jaroslav Kaczynski* (che hanno ricoperto la funzione, rispettivamente, di presidente e premier della nazione polacca).

⁴⁷⁶ Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit.,p.179

diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo".

Nella seconda dichiarazione (*Dichiarazione della Polonia relativa al protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*), invece, la Polonia, prendendo (implicitamente) le distanze dalla Gran Bretagna, afferma che “(...) tenuto conto della tradizione di movimento sociale di *Solidarnòsc* e del suo importante contributo alla lotta per i diritti sociali e del lavoro, rispetta pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dalla normativa dell'Unione europea e, in particolare, quelli ribaditi nel titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, bisogna, quindi, prendere atto che il Trattato di Lisbona (con alcuni Protocolli allo stesso allegati) - al fine di ottenere un accordo, tra gli Stati membri, che consentisse di uscire da quell'*impasse* istituzionale provocata dalla mancata ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa - contiene alcune disposizioni (frutto del compromesso tra le Alte Parti contraenti) che rappresentano, per certi versi (anche in materia di diritti fondamentali), dei “passi in dietro” rispetto al Trattato-Costituzione..

Il diritto di *opting out* riconosciuto ai Britannici non è altro, infatti, che l'ulteriore dimostrazione - come autorevolmente evidenziato⁴⁷⁷ - che continua ad esistere un'Unione politica europea “eterogenea”(e non, totalmente, effettiva) in cui alcuni Stati

⁴⁷⁷ Cfr. R. RUGGIERO, *Il cammino incerto di un'Europa senz'anima*, in *Il sole 24 ore*, 5 luglio 2007

godono di un regime giuridico speciale. Esempio emblematico è, appunto, il Regno Unito che - oltre ad aver limitato (con il Protocollo in commento) l'applicabilità, nel proprio ordinamento interno, della Carta di Nizza – è fuori dall'euro e da Schengen ed ha ottenuto, inoltre, un diritto di *opting out* per la giustizia e per gli affari interni.

In sintesi, il Trattato di Lisbona parrebbe (per certi aspetti) confermare l'impossibilità di un' integrazione comunitaria *completa* (specie, in materia di diritti fondamentali) che ha, da sempre, rallentato e reso più difficile quel processo di costruzione di un' Unione politica europea.

4. *L'UNIONE EUROPEA ADERISCE ALLA CEDU*

4.1. *CONSIDERAZIONI PRELIMINARI*

Il nuovo art. 6 TUE (così come sostituito dal Trattato di Lisbona) prevede, testualmente, che “*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati*”.

Pertanto, il nuovo Trattato europeo, una volta entrato in vigore, pone solide basi per il definitivo ingresso dell'Unione (quale soggetto giuridico unitario) nella CEDU⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Ingresso che, naturalmente, dovrà essere realizzato nel rispetto della complessa procedura prevista dall'art.188 N inserito dal Trattato di Lisbona (oggi numerato come art.218 Tfu) e, altresì, nel rispetto delle disposizioni contenute nel Protocollo 8 e nella Dichiarazione n.2 allegati al Trattato di Lisbona (previste al fine di garantire che l'adesione alla CEDU non modifichi la peculiarità *soggettiva* dell'Unione).

Ciò, quindi, parrebbe rappresentare il punto di arrivo di quel processo di progressiva ingerenza che la Corte di Strasburgo ha cominciato, negli anni, ad esercitare (di fatto) sul sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali. In realtà, occorre precisare che, fino agli anni novanta, la Commissione europea dei diritti dell'uomo è stata costante nel negare la competenza degli organi della CEDU a sindacare (eventuali) violazioni di diritti fondamentali causate da atti comunitari (o statali attuativi del diritto comunitario). Numerose sono state, infatti, le decisioni con cui la Commissione - adita per violazioni di diritti della persona ad opera di atti comunitari – ha dichiarato, al fine di evitare che il giudice comunitario venisse “bypassato”, l'inammissibilità del ricorso per: manifesta infondatezza⁴⁷⁹, per incompetenza degli organi della CEDU *ratione personae*⁴⁸⁰ o *ratione materiae*⁴⁸¹, o per mancato esaurimento dei ricorsi interni⁴⁸².

Tuttavia, tale tendenza ha subito una drastica “inversione di marcia” con la famosa sentenza *Matthews* del 1999⁴⁸³, che ha dato

⁴⁷⁹ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *X. c. Paesi Bassi* del 6 febbraio 1967; Decisione d'inammissibilità *X. c. Belgio* del 3 febbraio 1970

⁴⁸⁰ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *Confédération Française Démocratique du Travail c. Communautés Européennes* del 10 luglio 1978 (In tale decisione, in particolare, la Commissione ha respinto il ricorso per tre motivi: a) perché la Comunità non è parte contraente della CEDU; b) perché il ricorso era diretto contro il Consiglio delle Comunità europee che non è un organo che fa parte della CEDU ; c) perché la Francia non aveva ancora, in quel momento, riconosciuto la competenza della Corte europea dei diritti)

⁴⁸¹ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *M. & Co. c. Repubblica Federale Tedesca* del 9 febbraio 1990

⁴⁸² Cfr. Commissione europea dei diritti umani, Decisione d'inammissibilità *Dufay v. European Communities* del 19 gennaio del 1989

⁴⁸³ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza *Matthews c Regno Unito* del 18 febbraio 1999. Con tale decisione la Corte europea dei diritti si è pronunciata sulla seguente questione. Nel aprile del 1994, la signora *Matthews* ha richiesto di essere iscritta nelle liste elettorali di Gibilterra, al fine di poter partecipare alle elezioni del Parlamento

il via ad una attività d'interferenza (sempre maggiore) della Corte di Strasburgo sul sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali. In questa sentenza, infatti, la Corte europea dei diritti umani, dichiarando, per la prima volta, la propria competenza a sindacare un provvedimento statale meramente attuativo del diritto comunitario, condanna il Regno Unito per violazione degli artt.3 del Protocollo n. 1 (allegato alla CEDU) e 14 CEDU (che sancisce il *divieto di discriminazione*), e (ed è questo l'aspetto più rilevante) nega che possa essere invocato - quale causa di giustificazione - il carattere *meramente attuativo* (del diritto comunitario) del provvedimento statale impugnato.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona supera inoltre, definitivamente, quelle resistenze, manifestate dalla Corte di giustizia, in riferimento ad un eventuale ingresso dell'Unione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Al riguardo, va, infatti, ricordato che, sebbene l'ipotesi di una adesione dell'Unione alla CEDU fosse stata più volte (in passato) prospettata sia dalla Commissione⁴⁸⁴ che dal Parlamento europeo⁴⁸⁵, la Corte di Giustizia (nel famoso parere del 28 marzo 1996⁴⁸⁶) ha escluso,

europeo. L'iscrizione le è stata negata (il provvedimento di diniego è stato approvato, altresì, dalle Comunità europee e dagli Stati membri attraverso l'adozione della Decisione del Consiglio 76/787 e del Atto elettorale Europeo del 20 settembre del 1976 - firmato dai Ministri degli Esteri -) in quanto il territorio di Gibilterra è escluso da tali elezioni. Pertanto, in seguito al provvedimento di diniego, *Matthews* ha proposto ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando una violazione dei propri diritti fondamentali determinata da un atto statale (il provvedimento che ha negato l'iscrizione) adottato in applicazione del diritto comunitario.

⁴⁸⁴ Cfr. Commissione europea, Memorandum del 4 aprile del 1979; Memorandum del 19 novembre del 1990

⁴⁸⁵ Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione del 27 aprile 1979

⁴⁸⁶ Cfr. Corte di giustizia, Parere 2/94 del 28 marzo del 1996, in *Raccolta*, I-1759

categoricamente, l'ingresso dell'Unione nella Convenzione, principalmente, per due ordini di ragioni:

A) l'adesione alla CEDU avrebbe ecceduto le competenze dell'Unione, in quanto essa dispone solo delle competenze espressamente attribuite (e, tra queste, non vi rientrerebbero i diritti fondamentali).

B) l'ingresso dell'Unione nella CEDU avrebbe dovuto, necessariamente, comportare una radicale modifica del Trattato sull'Unione europea⁴⁸⁷.

In realtà, come già è stato sostenuto⁴⁸⁸, è possibile (probabilmente) individuare, tra le ragioni sottese al citato parere, la volontà del giudice comunitario - consapevole della maggiore effettività del sistema di tutela della CEDU (basato sul meccanismo del ricorso individuale diretto) - di non perdere il “monopolio di giurisdizione” in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali.

Con il nuovo art. 6 Tue, invece, venendo meno, in ambito comunitario, quella distinzione tra tutela *europea* e tutela *comunitaria* dei diritti fondamentali - considerata, da parte della

⁴⁸⁷ *Ibidem*. In particolare si fa riferimento a quella parte del citato parere in cui la Corte di giustizia precisa che l'adesione dell'Unione alla CEDU determinerebbe *un cambio sostanziale dell'attuale regime comunitario di protezione dei diritti umani, perché implicherebbe un inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto e la integrazione della totalità delle disposizioni della Convenzione in seno all'ordinamento comunitario*” e, pertanto, “una modifica del regime di protezione dei diritti umani nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali sarebbero così fondamentali, tanto per la Comunità che per gli Stati membri, da determinare una apertura costituzionale (...). Tale apertura, quindi, è realizzabile unicamente attraverso una modifica del Trattato”.

⁴⁸⁸ Cfr. S. MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l'Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1998, p.35; cfr. A. BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo* cit., p.111

dottrina⁴⁸⁹, un mero “artificio retorico” volto, esclusivamente, alla difesa delle rispettive attribuzioni dei due organi giurisdizionali europei (la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo) - si potrà (finalmente) realizzare un sistema comunitario di tutela *integrato* (cioè, realizzato attraverso un'attività di reciproca sinergia della Corte di Lussemburgo e di quella di Strasburgo) che sia più funzionale a garantire una maggiore protezione dei diritti fondamentali e risponda, altresì, alle logiche della *tutela multilivello dei diritti*⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge Made-System*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, p.987. Va, comunque, precisato che per altra parte della dottrina la distinzione tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione europea, in materia di diritti fondamentali, avrebbe l'importante finalità, tenendo conto del fatto che in ambito comunitario non esiste un referente in grado di sottoporre l'attività della Corte di giustizia ad una qualche forma di controllo, di supplire alla carenza di equilibrio e di controllo reciproco fra i poteri di cui soffre l'attuale assetto istituzionale dell'Unione. Al riguardo, cfr. J. H. H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice, in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, p.1116

⁴⁹⁰ Sul concetto di tutela multilivello dei diritti fondamentali, cfr.(fra gli altri): A.BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti* cit., p.111 e ss.; P.BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali* cit., p.148 e ss.; M.CARTABIA, *Multilevel protection of fundamental rights in Europe- standards and judicial dialogue*, Atti del convegno, *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2001; *Ibidem.*, *The multilevel protection of fundamental rights in europe: the european pluralism and the need for a judicial dialogue*, in *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, a cura di C. CASONATO, Trento, 2003; C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge Made-System* cit., p.987e ss.; G.ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, in www.luiss.it/europa/zagrebelsky.rtf; A.H. CATALÀ I BAS, *La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional*, in *Dereito: Revista juridica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 11, n.1, 2002, p.25 e ss.; V. T. FREIXES SANJUAN, *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales*, in D. ROUSSEAU, *La Justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002; L. MARTIN-RETORILLO, *Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p.268 e ss.; C. MORTE GÓMEZ, *El papel del Convenio Europeo*

4.2. EFFETTI

Il definitivo ingresso (ad opera del Trattato di Lisbona) dell'Unione europea nel sistema di tutela della CEDU produrrà (fra le altre), in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, tre importanti conseguenze .

Un primo (di per sé intuitivo, ma non scontato...) aspetto da evidenziare è che all'Unione - divenendo (a tutti gli effetti), con il nuovo art.6 Tue, una delle Alte Parti contraenti della CEDU e dovendo, quindi, rispettare tutti gli articoli della Convenzione e dei Protocolli (ad essa, allegati) – verranno, altresì, applicate le disposizioni degli artt. 34 (disciplinante il meccanismo del *ricorso individuale*) e 35 (sulle *condizioni di ricevibilità* del ricorso alla Corte di Strasburgo) CEDU.

Ciò significa che ogni “*persona fisica, organizzazione non governativa, o gruppo di privati*”, sottoposto alla *giurisdizione*⁴⁹¹ dell'Unione europea, che si ritenga vittima di una violazione, posta in essere da un atto comunitario, dei propri diritti riconosciuti dalla CEDU potrà presentare ricorso alla Corte di Strasburgo, purché nel rispetto delle due condizioni di ricevibilità ex art. 35 CEDU: e

de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea cit., p.1613 e ss.

⁴⁹¹ Il termine *giurisdizione* è qui, chiaramente, utilizzato nell'accezione dell'art.1 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. (Fra le altre) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Loizidou c. Turchia* del 23 marzo 1995. In tale decisione, infatti, la Corte di Strasburgo, accogliendo un' interpretazione estensiva del concetto di *giurisdizione* ex art1 CEDU, ha affermato il principio per cui gli Stati membri hanno il dovere di garantire la tutela dei diritti della CEDU non solo nell'ambito dei propri territori nazionali ma, anche, in quei territori che, pur non facendo parte della Convenzione, sono sottoposti ad un loro controllo di fatto (determinato, ad esempio, da una operazione militare legale - o non - condotta nei confronti del territorio occupato).

cioè, il *previo esaurimento dei ricorsi interni* (in questo caso all'Unione) e il rispetto di un *termine per la presentazione del ricorso* (cioè, “*entro sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva*”).

La seconda importante conseguenza riguarda la futura incidenza esercitata dalle sentenze della Corte di Strasburgo sull'azione delle istituzioni comunitarie.

L'art. 46, paragrafo 1 CEDU prevede che :“*le Alti Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*”. Pertanto, le sentenze della Corte europea dei diritti diverranno, per gli organi comunitari, giuridicamente vincolanti ogni qual volta l'Unione sia parte in causa in una controversia relativa alla violazione di diritti della CEDU. In realtà, come più volte affermato in via giurisprudenziale⁴⁹², le sentenze della Corte di Strasburgo hanno un' efficacia *meramente dichiarativa*. Ciò significa che le istituzioni comunitarie, in caso di condanna dell'Unione per violazione dei diritti umani, avranno l'obbligo di cessare tale violazione ma potranno scegliere (con assoluta discrezionalità) i

⁴⁹² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979. In questa decisione è stato, infatti, precisato che “*le sentenze della Corte sono essenzialmente dichiarative e lasciano allo Stato la scelta di quali mezzi utilizzare, nel suo ordinamento giuridico interno, per adeguarsi a ciò che impone l'art.53 CEDU*” (che corrisponde all'attuale art.46 CEDU). Conformi cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Pakelli c. Germania* del 25 aprile 1983; sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 24 febbraio 1983; sentenza *Papamichalopoulos e altri c. Grecia* del 31 ottobre 1995. Inoltre, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Belilos c. Svizzera* del 29 aprile 1988 (in cui si afferma che “ *le sentenze della Corte dei diritti lasciano allo Stato il compito di scegliere i mezzi, nell'ambito del suo ordinamento giuridico, per adempiere all'obbligazione che deriva dall'art.53 CEDU - attuale art.46 -*”).

mezzi attraverso cui rendere efficaci le sentenze della Corte di Strasburgo.

Resta, comunque, il fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo - per temperare il carattere meramente dichiarativo delle proprie pronunce - può, in alcuni casi, suggerire agli organi comunitari (così come, spesso, fatto nei confronti dei singoli Stati⁴⁹³) i mezzi ritenuti più idonei ad eliminare la violazione del diritto, ed è, inoltre, legittimata ex art.41 CEDU ad accordare – nel caso in cui il diritto dell'Unione non permetta di rimuovere la violazione – *“un’equa soddisfazione della parte lesa”*.

Rimane, infine, da esaminare l'influenza che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo eserciterà - divenuta l'Unione Alta Parte contraente della CEDU - sull'interpretazione dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

Al riguardo giova ricordare che l'art.52 della Carta di Nizza (che, con il Trattato di Lisbona, acquista pieno valore giuridico)

⁴⁹³ Si fa riferimento, in particolare, ad alcune recenti sentenze in cui la Corte di Strasburgo, dopo aver condannato gli Stati membri per violazione del diritto ad un equo processo ex art. 6 CEDU, suggerisce dei mezzi per riparare tale violazione. Tra le altre, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Somogyi c. Italia* del 18 maggio 2004 (In tale decisione, infatti, la Corte, nel condannare lo Stato italiano per aver violato l'art. 6 CEDU, suggerisce, nella motivazione, che *“se viene leso il diritto ad un equo processo(...) il miglior modo per riparare all'infrazione sarebbe quello di riaprire il processo in tempo utile rispettando le condizioni dell'art.6”*); sentenza *Assanidze c. Georgia* del 8 aprile 2004 (rileva, in particolare, la parte in cui la Corte dei diritti, avendo preso atto che l'inadempimento, da parte delle autorità statali, della sentenza che ordinava la liberazione del ricorrente era stato causa di una violazione dell'art.6, afferma che *“date le circostanze, l'unico modo per porre fine all'infrazione è l'immediata liberazione del ricorrente”*). Sempre in tale ottica, anche se non riguarda una violazione dell'art.6 CEDU, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Ilascu e altri c. Moldova e Russia* del 8 luglio 2004 (in cui la Corte di Strasburgo, ritenendo che la detenzione dei ricorrenti avesse determinato una lesione del loro diritto alla libertà personale - così come riconosciuto dall'art.5 CEDU -, ha espressamente suggerito che *“gli Stati debbano adottare le misure necessarie per porre fine alla detenzione arbitraria scarcerando e assicurando la libertà immediata dei ricorrenti”*).

stabilisce che “*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”.

Ciò rileva sotto un duplice profilo.

In primo luogo, è possibile ritenere che, con il nuovo Trattato europeo, le sentenze della Corte europea dei diritti assurgeranno a parametro (probabilmente) vincolante per l’interpretazione (del giudice comunitario e nazionale) di tutti quei diritti fondamentali comunitari, altresì, riconosciuti dalla CEDU. Quanto detto rappresenta, come già acutamente evidenziato⁴⁹⁴, l’ulteriore conferma che l’elemento “ontologicamente” caratterizzante del sistema di tutela (anche comunitario) dei diritti fondamentali è quello di costituire un “*judge made system*”: e cioè, un sistema di protezione sorto come frutto diretto dell’interazione reciproca delle giurisprudenze delle Corti (europea, comunitaria, giudici nazionali) in cui le fonti normative (Dichiarazioni internazionali, Trattati, Costituzioni) rimangono sullo sfondo.

In secondo luogo, è facile intuire che, con l’ingresso dell’Unione nella CEDU, la Corte di Strasburgo assumerà il compito (fondamentale) di stabilire, per quei diritti riconosciuti, al contempo, dall’ordinamento comunitario e dalla Convenzione, degli *standard minimi di protezione*⁴⁹⁵. Pertanto, parrebbe che né

⁴⁹⁴ Cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe* cit., p.1007 e ss.

⁴⁹⁵ Sull’orientamento secondo cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti deve essere necessariamente ponderata al fine di garantire da un lato uno standard minimo di

gli Stati membri né (tanto meno) gli organi dell'Unione potranno, in futuro, prevedere, in materia di diritti fondamentali comunitari, un regime di tutela che sia inferiore al livello determinato dalle sentenze della Corte europea dei diritti.

Quanto detto, risulta ancor più rilevante se si considera che la Corte di Strasburgo, al fine di elevare (sempre più) il livello di protezione dei diritti fondamentali, ha, nel tempo, esteso l'ambito di applicazione della CEDU attraverso le seguenti tecniche⁴⁹⁶:

A)tecniche volte a superare il limite di competenza *ratione materiae* .

In particolare, la Corte ha spesso esteso la propria competenza tramite la c.d. “*applicabilité par attraction*”⁴⁹⁷ o attraverso l'uso,

tutela dei diritti fondamentali e dall'altro, di non fare diminuire tale livello di protezione cfr. V. T. FREIXES SANJUAN, *Libertades informativas e integración europea*, in *Colex*,1996,p.125

⁴⁹⁶ Parte della dottrina ha, infatti, definito l'attività giurisprudenziale della Corte di Strasburgo come un permanente sforzo di perfezionamento e divulgazione che rende la CEDU uno strumento (di protezione) vivo e dinamico, cfr. J. A. CARILLO SALCEDO, *La protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa:hacia una superación de la dualidad entre los derechos civiles y políticos y derechos economicos y sociales*, in *Revista de Instituciones Europeas*,1991,p.431e ss.

⁴⁹⁷ L’“*applicabilité par attraction*” è la tecnica attraverso cui la Corte di Strasburgo ha , frequentemente, riconosciuto (“di rimbalzo”) la propria competenza a sindacare su violazioni di diritti non previsti dalla CEDU ma che determinavano, indirettamente, una lesione di situazioni soggettive giuridiche tutelate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. F. SUDRE, *Extradition et peine de mort:arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 7 juillet 1989*, in *Revue Générale de Droit International Public*,1990,p.108 e ss.. Si pensi, ad esempio, ai seguenti casi, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Soering, c. Regno Unito* del 7 luglio 1989 (in cui la Corte di Strasburgo ha stabilito che, sebbene la CEDU non preveda alcun diritto a non essere estradito, il provvedimento di estradizione del Regno Unito - costringendo il sign. Soering a rientrare negli Stati Uniti, dove sarebbe stato giustiziato con la pena capitale - avrebbe determinato una violazione indiretta dell'art.3 CEDU – che dispone il divieto di tortura-); sentenza *Berrehab c. Paesi Bassi* del 21 giugno del 1988; sentenza *Moustaquim c. Belgio* del 18 febbraio del 1991; sentenza *Nasri c. Francia* del 13 luglio del 1995 (in cui la Corte europea dei diritti ha ritenuto, sebbene la CEDU non preveda un diritto “a non essere espulso”, che il provvedimento statale di espulsione impugnato

nelle proprie pronunce, di *definizioni elastiche del diritto tutelato*⁴⁹⁸ (volte, cioè, ad estendere la tutela anche a beni della vita solo indirettamente riconducibili alla situazione soggettiva giuridica protetta dalla CEDU).

B) tecniche volte a superare il limite di competenza *ratione temporis* .

Si fa, in particolare, riferimento agli istituti della “*applicabilité par anticipation*”⁴⁹⁹ (attraverso cui la Corte di Strasburgo ha censurato

avrebbe determinato una violazione indiretta dell’art.8 CEDU – diritto *al rispetto della vita privata e familiare* -).

⁴⁹⁸ Esempio emblematico è dato dall’interpretazione estensiva che, da sempre, la Corte europea dei diritti ha fornito in riferimento al diritto al *rispetto della vita privata e familiare* ex art. 8 CEDU. Ad esempio, cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992 (in cui la Corte ha ribadito che per il diritto di cui all’art.8 della Convenzione “*non è possibile né necessario fornire una definizione esaustiva*”). Ed ancora, cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. *Moustaquim c. Belgio* del 18 febbraio del 1991; sentenza *H. c. Regno Unito* del 8 luglio 1987; sent. *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992 (in cui la Corte, interpretando estensivamente il diritto ex art.8 della CEDU, ha allargato il suo raggio d’azione anche a protezione delle *relazioni interpersonali professionali o commerciali*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *X e Y c. i Paesi Bassi* del 26 marzo del 1985(in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto di poter ricomprendere nella tutela del diritto al rispetto della vita privata anche il diritto ad *una integrità fisica e morale*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 22 ottobre del 1981; sentenza *Rees c. Regno Unito* del 17 ottobre 1986 (in cui si fa derivare, dal diritto ex art.8 della CEDU, il diritto ad *una vita sessuale* - inteso in modo da garantire ogni forma di libera disposizione del proprio corpo, compresa la *transessualità* -); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Leander c. Svezia* del 26 marzo del 1987; sentenza *Gaskin c. Regno Unito* del 7 luglio del 1989 (in cui il giudice europeo afferma che, attraverso una interpretazione estensiva dell’art.8 CEDU, è possibile garantire il diritto dell’individuo alla tutela dei *propri dati personali*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio del 1994; sentenza *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre del 1994 (secondo cui è possibile far derivare implicitamente, dal diritto ex art. 8 CEDU, il diritto a *cambiare cognome*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *López Ostra, c. Spagna*, causa 16798/90, del 9 dicembre del 1994 (in cui la Corte precisa che il diritto al *rispetto della vita privata e familiare* ex art. 8 CEDU comprende, altresì, il diritto *alla qualità della vita*).

⁴⁹⁹ Cfr. F. SUDRE, *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l’Homme du 7 juillet 1989* cit.,p.111 e ss.. Alcuni esempi, cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Soering, c. Regno Unito* del 1989; sent. *Moustaquim* del 1991; sent. *Nasri* del 1995 (in cui il giudice europeo ha applicato la CEDU non in relazione ad una violazione in atto, ma sulla base della considerazione che, qualora fosse stato adottato il

provvedimenti statali - difforni alla CEDU - perchè causa di violazioni non in atto ma, soltanto, future e potenziali) e della *violazione continuata*⁵⁰⁰ (che ha consentito alla Corte dei diritti di sindacare su violazioni che, sebbene iniziate anteriormente, sono rimaste produttive di effetti anche dopo l'entrata in vigore della Convenzione⁵⁰¹).

C) tecniche volte a superare il limite di competenza *ratione loci*.

Al riguardo, è sufficiente ricordare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, accogliendo un'interpretazione estensiva del concetto di *giurisdizione ex art.1 CEDU*, ha (in alcuni casi) imposto agli Stati membri l'obbligo di protezione dei diritti umani, anche, al di fuori del proprio territorio nazionale⁵⁰².

Va, però, evidenziato che lo stesso articolo 52 della Carta di Nizza - che attribuisce (implicitamente), in materia d'interpretazione dei diritti fondamentali comunitari, un ruolo determinante alla Corte di Strasburgo- precisa, altresì, che “*la presente disposizione non osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa*”.

In sintesi, quindi, è possibile ritenere che oggi - entrato in vigore il Trattato di Lisbona - sussistono i presupposti per dar vita ad un sistema di tutela dei diritti *integrato* in cui le istituzioni comunitarie - fermo restando gli *standard* di protezione minimi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo - sono, comunque,

provvedimento statale impugnato -di estradizione o espulsione -si sarebbe determinata una violazione - futura - degli artt. 3 e 8 CEDU).

⁵⁰⁰ La tecnica della *violazione continuata* è stata elaborata dalla prassi della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 10 dicembre 1977 sul ricorso n. 7379/76 *X c. Regno Unito*; Decisione del 6 ottobre 1976 sul ricorso n. 7317/75 *Lynas c. Svizzera*.

⁵⁰¹ Fra le altre, cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Loizidou* del 1995

⁵⁰² V. nota 54

(pienamente) legittimate ad innalzare, di volta in volta (a secondo dei casi), il livello di tutela comunitaria dei diritti dell'uomo.

4.3. *TALUNI PROFILI PROBLEMATICI*

L'ingresso dell'Unione nella CEDU determinerà, con tutta probabilità, complessi problemi applicativi ed interpretativi.

Vale, quindi, la pena esaminarne (quanto meno, per grandi linee) alcuni degli aspetti più rilevanti.

Un primo profilo da evidenziare è che (come precedentemente detto), nel caso di violazione – ad opera di un atto comunitario – di diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si potrà adire la Corte di Strasburgo solo dopo aver esaurito (secondo il principio del *previo esaurimento dei ricorsi interni*) le vie di ricorso interne al diritto dell'Unione. Pertanto, la vittima della violazione dovrà, preliminarmente, impugnare l'atto comunitario lesivo, innanzi al giudice comunitario, attraverso il ricorso per *annullamento ex art. 230 TCE* (che, con il Trattato di Lisbona, diventa Tfu).

Ciò, però, implica un abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, ai sensi del citato articolo (come modificato dal Trattato di Lisbona), il privato (persona fisica o giuridica) può proporre ricorso per annullamento, esclusivamente, verso atti comunitari che lo riguardano direttamente ed individualmente.

In secondo luogo (ed è questo l'aspetto più importante!), bisogna prendere atto che il sistema processuale comunitario non è (totalmente) idoneo a proteggere i diritti dell'uomo, in quanto

consente al ricorrente di ottenere una tutela, soltanto, “indiretta” della propria situazione soggettiva giuridica lesa. Attraverso il ricorso previsto dall’art. 230 dell’ex TCE (oggi Tfu), infatti, è possibile far valere non il diritto soggettivo leso, ma una sorta d’*interesse* (del ricorrente) alla conformità dell’atto comunitario al diritto dei Trattati⁵⁰³. In altri termini, tramite il ricorso per annullamento si censura non la violazione del diritto fondamentale in quanto tale, ma la lesione del diritto in quanto **violazione indiretta del Trattato**.

Alla stregua delle considerazioni esposte, sembra ragionevole ritenere che il sistema di tutela comunitario, al fine di garantire una protezione *effettiva* dei diritti umani, dovrebbe (entrato in vigore il Trattato di Lisbona) adeguarsi al nuovo assetto determinato dall’ingresso dell’Unione nella CEDU, prevedendo (sulla falsa riga del sistema di tutela della Convenzione europea dei diritti dell’uomo) un meccanismo di *ricorsi individuali* attraverso cui adire *direttamente* la Corte di giustizia per (qualunque) violazione di diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento comunitario⁵⁰⁴.

Un complesso problema interpretativo riguarda inoltre la previsione, da parte del Trattato di Lisbona, dell’articolo 188 N, paragrafo 8, comma 2 (sostitutivo dell’art. 300 TCE, ed oggi numerato come art.218 Tfu) che, nel disciplinare la procedura attraverso cui l’Unione può concludere accordi internazionali, precisa che: “(...) *Il Consiglio*

⁵⁰³ Si noti, infatti, che l’art.230 , paragrafo 2 dell’ex TCE (oggi Tfu) prevede, come vizi censurabili attraverso il ricorso per annullamento, “*l’incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola relativa alla sua applicazione, ovvero sviamento di potere(...)*”.

⁵⁰⁴ Al riguardo, cfr. T. FREIXES SANJUAN, *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garancia de los derechos fundamentales* cit., p.26 e ss.

delibera all'unanimità anche per l'accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; la decisione sulla conclusione di tale accordo entra in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali”.

Già da una prima lettura, appare evidente la singolarità e (per certi versi) la contraddittorietà della norma in commento.

Innanzitutto, come acutamente osservato⁵⁰⁵, non si comprende, infatti, per quale ragione i redattori del Trattato di Lisbona abbiano previsto che la decisione del Consiglio (recante l'accordo sull'adesione alla Convenzione), per entrare in vigore, debba essere successivamente approvata dagli Stati membri, quando: tale decisione rappresenta uno dei casi tassativi in cui è richiesta l'unanimità dei membri del Consiglio (e, quindi, presuppone il consenso di tutti i rappresentanti degli Stati) e, inoltre, tutti gli Stati dell'Unione sono già Parti contraenti della CEDU.

In secondo luogo, l'accordo sull'adesione alla CEDU costituisce - come ricavabile dallo stesso art.188 N, paragrafo1 (secondo cui le disposizioni contenute in tale articolo riguardano “*gli accordi tra l'Unione e i paesi terzi o le organizzazioni internazionali*”) - un accordo internazionale perfezionato tra l'Unione (intesa come soggetto giuridico *unitario* ed *autonomo*) e le Alte Parti contraenti della Convenzione. Quindi, l' art. 188 N, paragrafo 8 – prevedendo, quale condizione sospensiva per l'entrata in vigore dell'accordo di adesione, l'approvazione (*ex post*) di tutti gli Stati membri –

⁵⁰⁵ Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit.,p.103

sembrerebbe porsi, come sostenuto da parte della dottrina⁵⁰⁶, in evidente contraddizione con il nuovo art. 46 A Tue (introdotto dal Trattato di Lisbona) che, attribuendo all'Unione europea *piena* personalità giuridica, le riconosce (implicitamente) la titolarità di perfezionare, in assoluta *autonomia*, accordi internazionali con terzi.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, parrebbe, in sintesi, che la norma in commento celi un senso di profonda sfiducia, da parte dei redattori del nuovo Trattato europeo, nei confronti delle istituzioni comunitarie, considerate (probabilmente) non dotate di quella forza *giuridica e politica* necessaria per poter assumere e portare avanti (autonomamente) decisioni di rilievo relative all'azione esterna (cioè, in campo internazionale) dell'Unione (quale, appunto, la decisione di entrare, definitivamente, a far parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)⁵⁰⁷.

Un ultimo importante aspetto da esaminare è che, con il definitivo ingresso dell'Unione nella CEDU, sarà la Corte di Strasburgo ad avere (spesso) "l'ultima parola" in materia di tutela comunitaria dei diritti fondamentali.

Ciò, pertanto, potrebbe determinare una forte compressione del ruolo della Corte di giustizia, sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la Corte di Lussemburgo verrebbe sottoposta, in materia di diritti umani, ad un vero e proprio controllo giurisdizionale esterno.

⁵⁰⁶ Cfr. G. AMATO, *Prefazione*, in J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit., p.10

⁵⁰⁷ In tal senso, cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo* cit., p.104

In altri termini, come sostenuto da parte della dottrina⁵⁰⁸, si potrebbe prospettare il rischio che, in seguito all'adesione alla CEDU, si determini una "spaccatura dell'uniformità interpretativa del diritto comunitario". Nel senso che la validità degli atti comunitari incidenti su diritti fondamentali verrebbe, in ultima istanza, stabilita (indirettamente) dalla Corte di Strasburgo (e non dalla Corte di giustizia che perderebbe, quindi, la funzione di giudice comunitario di ultimo grado).

In secondo luogo, l'ingresso dell'Unione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo potrebbe comportare, in alcuni casi, una *delegittimazione*⁵⁰⁹ della Corte di Lussemburgo in materia di diritti umani. Ciò, in particolare, si verificherebbe ogni qual volta, su uno stesso diritto, venissero pronunciate sentenze, della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo, contrastanti fra loro. Va, infatti, ricordato come, già in passato, siano stati numerosi i contrasti giurisprudenziali (sulla stessa linea delle - tante - frizioni interpretative avute tra Corti nazionali e Corte europea dei diritti⁵¹⁰), tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo, in materia di definizione dei *limiti* e del *contenuto*

⁵⁰⁸ Cfr. S. MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l'Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission* cit., p.35e ss.

⁵⁰⁹ Sull'orientamento secondo cui la presenza di una pluralità di giudici e di Carte in materia di diritti fondamentali potrebbe determinare una "delegittimazione reciproca" degli organi giurisdizionali di controllo, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali* cit.; U. DE SIERVO, *I Diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2003, p.258e ss.

⁵¹⁰ Si pensi, ad esempio, alle diverse concezioni della *bioetica* proposte dalle varie Corti nazionali su cui è, spesso, intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza *Pretty c. Regno Unito* del 29 aprile 2002 (relativa al diritto di poter disporre della propria vita); sentenza *Goodwin c. Regno Unito* del 11 luglio 2002 (relativa al diritto dei transessuali); sentenza *Fretté c. Francia* del 26 febbraio 2002 (relativa al diritto di adozione degli omosessuali); sentenza *Odievre c. Francia* del 13 febbraio 2003 (relativa al diritto dell'adottato a conoscere la propria ascendenza biologica).

essenziale di alcuni diritti fondamentali: quali, tra gli altri, il diritto alla *libertà d'informazione*⁵¹¹ o il diritto all'*inviolabilità del domicilio*⁵¹².

Tuttavia, è possibile, al riguardo, fare due considerazioni.

Innanzitutto, parrebbe che l'ipotesi di una (eventuale) delegittimazione - ad opera della Corte europea dei diritti - della Corte di giustizia sia, per certi versi, temperata dalla presenza di alcuni istituti (quali, ad esempio, il carattere sussidiario della normativa relativa alla Corte di Strasburgo, il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni) che consentirebbero (quanto meno in linea teorica) di raggiungere una "*armonia tra diversi*"⁵¹³.

La seconda considerazione è che il rischio che in materia di tutela dei diritti fondamentali si possa dar luogo ad una difformità di

⁵¹¹ Si fa, in particolare, riferimento al problema - posto, in torno agli inizi degli anni novanta, all'attenzione della Corte sia di Lussemburgo che di Strasburgo - di stabilire se un divieto volto ad impedire che vengano fornite informazioni su cliniche che praticano l'interruzione della gravidanza possa essere considerato lesivo del diritto alla libertà d'informazione. La Corte europea dei diritti ha affermato che il divieto in esame è da considerarsi lesivo della CEDU, in quanto fonte di una compressione sproporzionata del diritto alla libertà d'informazione. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza *Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* del 29 ottobre 1992. La Corte di giustizia ha, invece, sostenuto, accogliendo una soluzione completamente opposta a quella affermata dalla Corte di Strasburgo, che il divieto in commento non costituirebbe alcuna compressione "irragionevole" (e quindi sproporzionata) della libertà d'informazione. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*.

⁵¹² Si pensi al contrasto interpretativo, sorto - all'inizio degli anni novanta - tra giudice europeo e giudice comunitario, avente ad oggetto il problema di stabilire se il diritto all'*inviolabilità del domicilio* possa essere, altresì, riconosciuto alle persone giuridiche. La Corte di Strasburgo ha risposto, a tale quesito, affermativamente. Cfr. Corte europea dei diritti, sent. *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992. La Corte di giustizia ha, invece, escluso che le persone giuridiche possano essere considerate titolari del *diritto all'inviolabilità del domicilio*. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 21 settembre 1989, cause riunite C 46/87 e C 227/88, *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee*.

⁵¹³ Cfr. V. ONIDA, *Armonia fra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p.549e ss.

orientamenti giurisprudenziali, probabilmente, “prova troppo”. Tale argomentazione è, infatti, certamente inoppugnabile per quanto riguarda l’aspetto nomofilattico. Tuttavia, è ragionevole ritenere che, proprio per la rilevanza degli interessi in gioco (si tratta, infatti, della salvaguardia di posizioni soggettive *fondamentali*), potrebbe risultare utile, per così dire, il “confronto” dialettico fra diversi orientamenti, al fine di delineare, con sempre maggiore precisione, gli ambiti e le modalità per la più efficace salvaguardia dei diritti in commento⁵¹⁴.

⁵¹⁴ In quest’ottica è verosimile che si possa assicurare il più ampio livello di tutela per i diritti fondamentali, che ovviamente rappresentano il sintomo più significativo per qualificare il tessuto democratico di un’istituzione. Si avvererebbe, forse, quanto pronosticato da Attali “L’Unione europea, avanguardia della democrazia. E’ qui che le condizioni per un equilibrio tra mercato e democrazia verranno sintetizzate meglio. E’ in Europa che l’iperdemocrazia avrà inizio”. (J. ATTALI, *Breve storia del futuro*, Roma, 2007, p.213).

CAPITOLO V

DIRITTI FONDAMENTALI E SPORT: IL DIRITTO ALLO SPORT, TRA ESIGENZA SOCIALMENTE RILEVANTE E INTERESSE FONDAMENTALE DELLA PERSONA

1. OGGETTO DELL'INDAGINE - 2. DIRITTO ALLO SPORT QUALE ESPRESSIONE DEL DIRITTO FONDAMENTALE ALLA SALUTE EX ART.32 COST. - 3. UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELLO SPORT ALLA LUCE DEGLI ARTT. 2 E 18 COST. - 3.1 DIRITTO ALLO SPORT QUALE DIRITTO INVIOLABILE DELL'UOMO EX ART.2 COST. - 3.2 SPORT E LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE EX ART.18 COST. - 3.3 OSSERVAZIONI FINALI - 4. SPORT E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE - 4.1 CONSIDERAZIONI PRELIMINARI - 4.2. ANALISI DI TALUNI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SUL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE DELL'ATLETA STRANIERO - 4.2.1. (SEGUE)...A FAVORE DI UN'APPLICAZIONE AMPIA DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE - 4.2.2. (SEGUE)...A FAVORE DI UN' APPLICAZIONE LIMITATA DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE - 4.3 NOTAZIONI FINALI - 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. OGGETTO DELL'INDAGINE

La categoria dei diritti fondamentali può oggi, ancor più che in passato, essere ritenuta come una categoria *elastica*, non più riconducibile soltanto alle situazioni soggettive giuridiche espressamente riconosciute come inviolabili dal legislatore nazionale (costituzionale e ordinario) o da fonti normative sovranazionali. Sempre più incisiva è stata infatti, negli anni, l'opera della dottrina⁵¹⁵

⁵¹⁵ Si fa riferimento, ad esempio, a quella dottrina secondo cui l'art.2 Cost. non costituirebbe una disposizione meramente riassuntiva dei diritti inviolabili espressamente riconosciuti dalla Carta Costituzionale, ma avrebbe la funzione di *clausola aperta*, idonea a ricomprendere anche situazioni soggettive giuridiche che, seppur fondamentali, non sono espressamente contemplate da una norma costituzionale Cfr. A. BARBERA, *Sub. Art.2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, 65 ss. La tesi che configura l'art. 2 Cost. quale norma a «fattispecie aperta» ha di recente trovato accoglimento anche nella giurisprudenza costituzionale, cfr. *ex multis*: Corte costituzionale, sentenza del 10 maggio 1999, n.167; sentenza del 27 novembre 1998, n.383; sentenza 12 marzo 1998, n.50.

e, soprattutto, della giurisprudenza nazionale⁵¹⁶, comunitaria⁵¹⁷ ed internazionale⁵¹⁸ che, attraverso il cosiddetto *diritto*

⁵¹⁶ L'orientamento secondo cui la categoria dei diritti inviolabili non può essere ridotta solo alle situazioni soggettive giuridiche che la Costituzione espressamente qualifica come tali - risultando comprensiva anche di tutta una serie di altri diritti fondamentali (sforniti, a volte, di un espresso riconoscimento normativo) - è stato più volte confermato dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. fra le altre: Corte costituzionale, sentenza del 2 dicembre 2005, n.432; sentenza del 13 gennaio 2004, n.13; sentenza del 6 luglio 2006, n.266).

⁵¹⁷ A testimonianza del progressivo processo di riconoscimento e tutela comunitaria dei diritti fondamentali affermatosi, a partire dagli anni settanta, in via giurisprudenziale, cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt*, causa 29/69; sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhrund Vorratsstelle fuer Getreide und futtermittel.*, causa 11/70; sentenza del 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*, causa 4/73; sentenza. 13 dicembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79; sentenza dell'11 gennaio 2000, *Tanja Kreil c. Repubblica federale di Germania*, causa 285/98; sentenza del 28 ottobre 1975. - *roland rutili contro ministre de l'interieur*, causa 36/75; sentenza dell'11 luglio 1989., - *Hermann Schraeder Hs Kraftfutter GmbH & Co. Kg c. Hauptzollamt Gronau.*, causa 265/87; sentenza 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa 36/02; Cfr. Tribunale di primo grado, sent. 21 settembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, causa T-306/01.

⁵¹⁸ Si pensi, ad esempio, all'uso frequente che la Corte europea dei diritti ha fatto, nell'ambito delle proprie pronunzie, di *definizioni elastiche del diritto tutelato* (volte ad estendere la tutela anche a beni della vita solo indirettamente riconducibili alla situazione soggettiva giuridica protetta dalla CEDU). Esempio emblematico è dato dall'interpretazione estensiva che, da sempre, la Corte europea dei diritti ha fornito in riferimento al diritto al *rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU*. Ad esempio, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992 (in cui la Corte ha ribadito che per il diritto di cui all'art.8 della Convenzione "*non è possibile né necessario fornire una definizione esaustiva*"). Ed ancora, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. *Moustaquim c. Belgio* del 18 febbraio del 1991; sentenza *H. c. Regno Unito* del 8 luglio 1987; sent. *Niemietz c. Germania* del 16 dicembre 1992 (in cui la Corte, interpretando estensivamente il diritto *ex art.8* della CEDU, ha allargato il suo raggio d'azione anche a protezione delle *relazioni interpersonali professionali o commerciali*); Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *X e Y c. i Paesi Bassi* del 26 marzo del 1985(in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto di poter ricomprendere nella tutela del diritto al rispetto della vita privata anche il diritto ad *una integrità fisica e morale*); Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 22 ottobre del 1981; sentenza *Rees c. Regno Unito* del 17 ottobre 1986 (in cui si fa derivare, dal diritto *ex art.8* della CEDU, il diritto ad *una vita sessuale* - inteso in modo da garantire ogni forma di libera disposizione del proprio corpo, compresa la *transessualità* -); Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Leander c. Svezia* del 26 marzo del 1987; sentenza *Gaskin c. Regno Unito* del 7 luglio del 1989 (in cui il giudice europeo afferma che, attraverso una interpretazione estensiva dell'art.8 CEDU, è

*giurisprudenziale*⁵¹⁹, ha svolto una sostanziale «funzione ordinatrice», qualificando in via interpretativa come “fondamentali” tutta una serie di diritti che, fino a quel momento, non avevano avuto formale riconoscimento nell’ordinamento giuridico.

Ciò posto, l’obiettivo della presente ricerca è quello di esaminare la complessa tematica della qualificazione giuridica del *diritto allo sport*⁵²⁰. Più precisamente, in questa sede (pretermettendo volutamente la problematica, fin troppo, dibattuta della questione relativa ai rapporti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo⁵²¹) ci si

possibile garantire il diritto dell’individuo alla tutela dei *propri dati personali*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio del 1994; sentenza *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre del 1994 (secondo cui è possibile far derivare implicitamente, dal diritto ex art. 8 CEDU, il diritto a *cambiare cognome*); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *López Ostra, c. Spagna*, causa 16798/90, del 9 dicembre del 1994 (in cui la Corte precisa che il diritto al *rispetto della vita privata e familiare* ex art. 8 CEDU comprende, altresì, il diritto *alla qualità della vita*).

⁵¹⁹ Da ultimo, cfr. M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

⁵²⁰ Nella consapevolezza della difficoltà di fornire un’esautiva definizione del fenomeno “sport” - in quanto rappresentativo di una pluralità di fattispecie differenti tra loro e difficilmente riconducibili ad unità (profilo, questo, che parte della dottrina ha posto in luce con particolare attenzione, cfr. A. MARANI TORO, *Sport*, in *Nss.D.I.*, XVIII, Torino, 1971, 43 e ss.) - in questa sede, si è deciso di utilizzare la definizione di sport stabilita dal Consiglio di Europa ed accolta, altresì, dai redattori del Libro Bianco sullo sport della Commissione europea (cfr. Commissione, *Libro Bianco sullo sport*, Bruxelles, 11 luglio 2007, COM(2007) 391 def.), nonché dal Manifesto Europeo sui giovani e lo sport (adottato dal Consiglio d’Europa a Lisbona il 17-18 maggio 1995). In particolare, secondo tale definizione, sarebbe sport «... qualsiasi forma di attività fisica [professionistica o, semplicemente, ludico-ricreativa] che, mediante una partecipazione organizzata o meno, abbia come obiettivo il miglioramento delle condizioni fisiche e psichiche, lo sviluppo delle relazioni sociali o il conseguimento di risultati nel corso di competizioni a tutti i livelli...».

⁵²¹ Come è noto, le problematiche relative alle complesse relazioni intercorrenti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo ed alla natura di quest’ultimo sono state, da tempo, oggetto di analisi da parte di autorevolissima dottrina. Cfr. M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 12 e ss.; Id. *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p.673 e ss.; W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Il Foro italiano.*, 1933, 1383e ss.; G. GUARINO, *Lo sport quale « formazione sociale » di carattere sovranazionale*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Milano, 1996, 349ess; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento giuridico*, in *Riv. dir.*

sforzerà di dimostrare se l'interesse di un soggetto a svolgere *attività sportiva* possa essere considerato come un vero e proprio *diritto allo sport* dotato, dunque, di rilevanza giuridica all'interno del nostro ordinamento e se tale diritto possa essere qualificato quale diritto fondamentale dell'individuo.

Il fenomeno sportivo (da sempre) gode indubbiamente di una grande rilevanza sociale; rilevanza che, specie negli ultimi anni, ha ottenuto un sempre maggiore riconoscimento anche (e soprattutto) a livello comunitario⁵²².

sport., 1979, 30 e ss.(in cui l'A. evidenzia che «... l'ordinamento sportivo, inteso come complesso di norme, di apparati, di soggetti, costituisce un ordinamento giuridico in senso tecnico...il quale anche se non dotato di sovranità, è caratterizzato da un'ampia sfera di autonomia.. »). Principio di autogoverno (specie con riferimento alle peculiari regole di organizzazione e di funzionamento dell'ente CONI) che è stato oggetto di importanti studi (cfr.,tra gli altri, G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 1993, 305ss). Ed ancora, sempre sul rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo, cfr. A. MARANI TORO, *Lineamenti del sistema dei giuochi sportivi e degli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1969, 15 ess; I. MARANI TORO – A. MARANI TORO *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977; G. NAPOLITANO, *Sport*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), Milano, 2006, 5678e ss.(l'A. in particolare precisa – rifacendosi altresì a parte della dottrina suindicata – che «... l'ordinamento sportivo è tradizionalmente considerato un ordinamento giuridico autonomo ed originario, sorto su iniziativa dei privati ed avente dimensione non soltanto nazionale, ma anche sovranazionale, in virtù dei compiti prescrittivi e organizzativi del Comitato internazionale olimpico (Cio) e delle federazioni sportive internazionali »); S.CASSESE, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del «parastato»*, in *Riv.dir. sport.*, 1979, 118e ss.; R. PEREZ, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 509 e ss..

⁵²² Sul progressivo riconoscimento, a livello comunitario, dell'importanza sociale dello sport, cfr.: Dichiarazione n. 29 sullo sport allegata al Trattato di Amsterdam del 1997 (il cui art. 29 prevede che «...la conferenza sottolinea la rilevanza sociale dello sport, in particolare il ruolo che esso assume nel forgiare l'identità e nel ravvicinare le persone. La conferenza invita pertanto gli organi dell'Unione europea a prestare ascolto alle associazioni sportive laddove trattino questioni importanti che riguardino lo sport. In quest'ottica, un'attenzione particolare dovrebbe essere riservata alle caratteristiche specifiche dello sport dilettantistico...»); Dichiarazione di Nizza del 2000 “*sulle caratteristiche specifiche dello sport e sulla sua funzione sociale*” (in cui si precisa che «... lo sport è un'attività umana che si forma sui valori sociali, educativi e culturali essenziali», ed ancora «.. la Comunità deve tenere conto...delle funzioni sociali, educative e culturali dello sport, che ne costituiscono la specificità, al fine di rispettare e

Tuttavia, da un'angolazione strettamente giuridica, parrebbe che lo sport, considerato nella sua dimensione più genuina (e quindi scissa da eventuali connotazioni di carattere economico), abbia una importanza secondaria e che, pertanto, non si possa parlare di diritto allo sport né, vièpiù, si possa qualificare come fondamentale l'interesse dell'individuo a svolgere tale tipo di attività. Ad una prima analisi, infatti, la Costituzione (pur sensibile all'esigenza di tutela della persona) non sembra riconoscere lo sport quale interesse primario dell'individuo. Ciò troverebbe, anzitutto, una conferma testuale; manca in particolare, all'interno della Carta costituzionale, una disposizione che faccia riferimento al diritto allo sport. Al contempo, potrebbe apparire concettualmente arduo ricondurre l'esigenza di praticare

di promuovere l'etica e la solidarietà necessarie a preservarne il ruolo sociale...»); Libro Bianco sullo sport della Commissione europea, Bruxelles, 11 luglio 2007, COM (2007) 391 def. (in cui - premettendo che «... Il Libro bianco si concentra sul ruolo sociale dello sport...» - si afferma che «... Lo sport è un fenomeno sociale ed economico d'importanza crescente che contribuisce in modo significativo agli obiettivi strategici di solidarietà e prosperità perseguiti dall'Unione europea...», ed inoltre che «...[lo sport] è anche fonte di valori importanti come ...la solidarietà, la tolleranza e la correttezza e contribuisce così allo sviluppo e alla realizzazione personali. Lo sport inoltre promuove il contributo attivo dei cittadini dell'UE alla società... », pertanto, « la Commissione riconosce il ruolo essenziale dello sport nella società europea »); Dichiarazione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio su *“Il valore sociale dello sport per i giovani”* del 5 maggio del 2003 (in cui il Consiglio ed i Rappresentanti dei Governi «... sottolineando la rilevanza sociale e sanitaria dello sport,...riconoscendo che l'attenzione rivolta alla dimensione economica dello sport in Europa rischia di indebolirne la funzione educativa, sociale e sanitaria per i giovani,... sottolineano il ruolo che lo sport può svolgere per la coesione sociale...»). Funzione sociale dello sport che oggi, dopo Lisbona, trova un espresso riconoscimento normativo all'interno del nuovo (perché modificato dal Trattato di Lisbona) art.165 (ex art.149 TCE) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo cui «...L'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto... della sua funzione sociale e educativa »), e viene, nuovamente, ribadita da una recentissima pronuncia della Corte di Giustizia (cfr. Corte di giustizia, Grande Sez., sentenza del 16 marzo 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard, Newcastle UFC*, C-325/08; la quale pone l'accento su «...l'importanza sociale ed educativa dello sport nell'Unione europea»). Sul punto, si veda altresì S. BASTIANON, *La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario*, in *Rivista italiana di Dir. Pubbl.Com.*, 2009, fasc.2, 391e ss..

attività sportiva all'interno della sfera di garanzia delineata dall'art. 2 Cost. (che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità), giacché lo sport "in quanto tale"(inteso, cioè, come mero esercizio fisico) non è stato spesso ritenuto idoneo a costituire l'oggetto di un diritto inviolabile⁵²³.

Ciò nonostante, sebbene sotto il profilo meramente formale parrebbe non individuabile alcuna disposizione della Carta fondamentale volta al riconoscimento del diritto allo sport, è possibile sostenere - attraverso un' interpretazione costituzionalmente orientata dell'interesse dell'individuo a svolgere attività sportiva (alla luce, tra gli altri, degli artt. 32,2,18,3 Cost.) – che sussistano i presupposti per configurare tale interesse quale diritto inviolabile dell'individuo.

Se infatti lo sport viene inteso come un'attività prodromica , ed a volte necessaria (e quindi, per certi versi, strumentale), alla realizzazione di altri diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti (quali, ad esempio, il diritto alla salute, la libertà di associazione, il diritto a svolgere la propria personalità all'interno delle formazioni sociali) che – pur essendo dotati di una propria autonomia concettuale – costituiscono, al contempo, elementi *ontologicamente* connessi al fenomeno sportivo⁵²⁴ , è ragionevole ritenere che si possa parlare di un

⁵²³ In tal senso, cfr. Tribunale di Pescara, ordinanza del 14 dicembre 2001, *Federazione Italiana Nuoto c. G. Hernandez Paz* (in cui il Tribunale precisa che lo sport «..non forma oggetto di alcuna delle libertà fondamentali.. perché né l'art.2 Cost. né ulteriori fonti normative di diritto internazionale ..annoverano l'interesse a far pratica sportiva e ad impiegare in tal modo il proprio tempo libero tra le libertà fondamentali dell'individuo... »).

⁵²⁴ Non è, ad esempio, pensabile uno sport che, quanto meno nella fase dell'allenamento, non serva a migliorare e potenziare il benessere psico-fisico (quindi la salute) dell'atleta.

diritto allo sport e che quest'ultimo assurga, seppur indirettamente, a diritto fondamentale costituzionalmente tutelato.

2. DIRITTO ALLO SPORT QUALE ESPRESSIONE DEL DIRITTO FONDAMENTALE ALLA SALUTE EX ART.32 COST.

Il diritto alla salute è, per espressa previsione costituzionale (art.32 Cost.), “fondamentale”⁵²⁵ ed in quanto tale – come più volte precisato dal Giudice delle leggi⁵²⁶ – rappresenta un diritto “primario”⁵²⁷ la cui

⁵²⁵ In realtà, il riconoscimento del diritto alla salute quale diritto fondamentale non è stato immediato; e ciò, principalmente, in ragione della sua qualificazione di diritto sociale. Nell'impossibilità di trattare in tale sede, per ovvie esigenze espositive, tale particolare aspetto del diritto in commento - con riferimento al complesso processo interpretativo che ha condotto ad affermare la “fondamentalità” del diritto alla salute (tenendo conto, altresì, delle profonde trasformazioni dello Stato di diritto, che ha progressivamente riconosciuto, accanto ai diritti di libertà, adeguata tutela anche ai diritti sociali), con riferimento al più generale rapporto tra diritti sociali e diritti di libertà, e con riferimento alle varie altre problematiche relative al diritto ex art. 32 Cost. – si rimanda (nella consapevolezza della sterminata bibliografia in materia), fra gli altri, ai seguenti scritti. Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1973, 436ess.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 23 e ss.; Id., *Art.32*, in V. CRISAFULLI- L. PALADIN - S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova,1990; E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta «indispensabile»?*, in *Le Regioni*, 1989, 1925e ss.; L. CARLASSARE, *L'art.32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione , L'ordinamento sanitario,I, L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 110 ess.;G. ALPA, *Salute (Diritto alla)*, in *Nss.D.I., Appendice, VI*, Torino, 1986, 915ess.;Id., *Diritto alla salute e tutela del consumatore*,in *Riv. trim. dir. pubb.*,1975,1510ess.; M. LUCIANI, *Salute (Diritto alla)*;in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Enciclopedico Italiano, Roma; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*,in *Diritto e società*, 1980, 771ess.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Enciclopedico Italiano, Roma, 1989; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 26e ss.;Id., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc.dir.*, XXIV, Milano, 1974, 289 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc.dir.*, XII, Milano, 1964, 809ess.; A. ANZON., *L'altra «faccia» del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979,I,659ess.; G.CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1967, 7e ss.

⁵²⁶ Cfr. *ex multis*: Corte costituzionale, sentenza del 26 luglio 1979, n.88; sentenza del 3 novembre 1988, n.1011; sentenza del 19 giugno 1990, n.298, sentenza del12 ottobre 1990, n.445

⁵²⁷ Dalla riconduzione del diritto alla salute nell'alveo dei diritti fondamentali deriva, quale corollario diretto, il carattere dell'inalienabilità, dell'intrasmissibilità,

titolarità attiene alla persona umana (indipendentemente, quindi, dalla cittadinanza⁵²⁸).

Parte della dottrina ha evidenziato come la natura di tale diritto sia, per così dire, “*proteiforme*”⁵²⁹, in quanto idonea a ricomprendere in sé una pluralità di situazioni soggettive giuridiche che, conseguentemente, diventano costituzionalmente garantite (non avendo l’art. 32 Cost. previsto alcuna distinzione al riguardo) ed assurgono anch’esse a diritti fondamentali. Nell’ambito di dette situazioni soggettive giuridiche (all’interno delle quali va sicuramente inserito l’interesse dell’individuo a non subire comportamenti pregiudizievoli per la propria salute, l’interesse a che lo Stato predisponga mezzi necessari per assicurare cure adeguate alla collettività e gratuite agli indigenti, l’interesse a non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà ad eccezione di quelli obbligatori⁵³⁰ volti alla tutela della collettività, l’interesse ad un ambiente salubre⁵³¹)

dell’indisponibilità e dell’irrinunciabilità (fermo restando le problematiche relative all’esistenza di un “diritto a non essere curati”) del diritto *ex* art.32 Cost.. Cfr. al riguardo: A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., 309e ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 33 e ss.

⁵²⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 2 giugno 1977, n.103; sentenza del 24 febbraio 1994, n.62 (secondo cui, quando si tratta di diritti inviolabili il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero).

⁵²⁹ Cfr. V. CRISAFULLI- L. PALADIN - S. BARTOLE - R. BIN, *Art.32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 321; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 23 e ss; M. LUCIANI, *Salute (Diritto alla)*, in *Enciclopedia Giuridica*, cit., 5 (che ricorda come «...l’espressione «diritto alla salute» deve considerarsi formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate tra loro...»); A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 28 e ss.

⁵³⁰ Con riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, cfr. tra gli altri: S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, 879e ss.; F. MODUGNO., *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 560e ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art 32, secondo comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit.

⁵³¹ Al riguardo, cfr. B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell’ambiente*, Bologna, 1990, 34e ss.; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell’ambiente*, Milano, 1980, 22e ss.; L.

è ragionevole ricomprendere anche la pretesa dell'individuo di svolgere attività sportiva per raggiungere o mantenere la propria integrità psico-fisica. Ciò risulta ancor più corroborato se si considera che – alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale⁵³² – per “salute *ex art* 32Cost.” va intesa *l'integrità della persona* valutata non solo nella sua dimensione corporea, ma nella più complessa dimensione del *benessere* che richiede un equilibrio tra corpo e psiche⁵³³. In altri termini, la salute (cui la Costituzione fa riferimento) non è la semplice mancanza di malattie, ma è lo stato globale di benessere psico-fisico in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé; stato di benessere, dunque, che ogni individuo, a seconda della propria percezione soggettiva, può avere l'esigenza di raggiungere anche attraverso l'attività sportiva⁵³⁴.

Dall'ineludibile connotazione *olistica* del benessere psicofisico se ne inferisce, quindi, l'obbligo di ricondurre lo sport al diritto alla salute *ex art.* 32 Cost., consentendo in tal modo di prospettare l'esistenza di un diritto allo sport quale diritto fondamentale sotto un duplice

MEZZETTI, *Diritti fondamentali e amministrazione dell'energia*, Rimini, 1990, 28ess.. E più in generale, M.S. GIANNINI, « *Ambiente*»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 25 e ss.

⁵³² Cfr. fra le altre.: Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n.161; sentenza del 26 giugno 2002, n.282.

⁵³³ Con riferimento al concetto di “salute *ex art.* 32 Cost.” quale integrità psico-fisica dell'individuo, ed all'orientamento secondo cui la “persona” viene intesa, dal Legislatore costituzionale, quale dimensione composta dal binomio inscindibile soma-mente, cfr. *ex multis*: M. BESSONE- G.FERRANDO, *Persona fisica. a)Diritto privato*, in *Enc.dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 195ess.; R. ROMBOLI, *Articolo 5*, in SCIALOJA-BRANCA *Commentario del codice civile*, Bologna, 1988.

⁵³⁴ In sintesi, il diritto alla salute *ex art.* 32Cost. va inteso non soltanto in senso biologico, ma come il diritto, di ogni individuo, di raggiungere e mantenere quel benessere psico-fisico che permetta di compiere le attività dinamico-relazionali (tra cui, lo sport) necessarie a svolgere a pieno la personalità (*ex art.* 2 Cost.) ed a rimuovere gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana (*ex art.* 3 Cost.). In tal senso, cfr. F. D. BUSNELLI – U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978 5 e ss.

profilo: a) l'impossibilità, infatti, di misconoscere il diritto di ciascun individuo di svolgere attività sportiva al fine (fondamentale e costituzionalmente riconosciuto) di raggiungere il proprio benessere fisico e mentale; b) il diritto dell'atleta di ricevere (durante gli allenamenti e le gare) un'adeguata assistenza medico-sanitaria che tuteli la sua integrità psico-fisica (condizione necessaria affinché lo sportivo possa porre in essere la sua attività).

Peraltro, anche semanticamente l'accezione di un diritto allo sport quale manifestazione del più ampio diritto fondamentale alla salute troverebbe un'implicita conferma in sede di normazione ordinaria statale⁵³⁵ e, soprattutto, regionale. E' in tal senso che, ad esempio, va letta la legge n.52/1981 con cui la Regione Abruzzo si è impegnata a promuovere l'organizzazione e lo sviluppo degli interventi relativi alla medicina dello sport per ottenere una maggiore diffusione dell'educazione sanitaria relativa alla pratica delle «...attività motorie e sportive [intese] come mezzo di prevenzione e di riabilitazioni di anomalie fisiche»⁵³⁶. Sempre in tale ottica, la Regione Liguria (l. n.40/1984) ha evidenziato come l'attività sportiva sia necessaria «...per un efficace sviluppo psicofisico, per il mantenimento della salute e per la prevenzione ed il recupero degli stati patologici »⁵³⁷ ; mentre la Regione Valle d'Aosta, con apposita legge regionale (la

⁵³⁵ Si pensi, ad esempio, alla proposta di legge n.100 del 20 giugno 1979 ed al disegno di legge n.233 del 20 luglio 1983, in cui è stato posto l'accento sulla «... pratica delle attività motorie e sportive, quale mezzo di tutela e miglioramento della salute ... », ed è stato precisato che l'attività sportiva «... in quanto diritto del cittadino, deve essere resa accessibile a tutti...».

⁵³⁶ Cfr. Legge Regionale (Regione Abruzzo) del 24 novembre 1981, n.52 (su *Promozione dell'educazione sanitaria sportiva e tutela sanitaria delle attività sportive*)

⁵³⁷ Cfr. Legge Regionale (Regione Liguria) del 6 settembre 1984, n.46 (su *Tutela sanitaria delle attività sportive*)

n.85/1981), ha disciplinato una serie di attività sportive specificatamente pensate in funzione della tutela della salute⁵³⁸. Così come – ad ulteriore conferma della funzione terapeutica e riabilitativa dello sport – si pensi alla legge (la n.13/1985⁵³⁹) con cui la Regione Veneto ha istituito una serie di centri volti a promuovere l'attività sportiva a favore dei soggetti malati di handicap, precisando che lo sport costituisce un mezzo necessario per il recupero psico-fisico nonché «..per l'inserimento nella vita sociale delle persone con difficoltà psichiche, fisiche e sensoriali»⁵⁴⁰. Allo stesso modo, le Regioni Basilicata (l.n16/1985) e Campania (l.n.21/1984) si sono impegnate nella promozione della pratica sportiva in quanto considerata interesse fondamentale della collettività, poiché mira alla formazione fisica della persona ed al suo benessere psico-fisico(secondo la Regione Basilicata) e ritenuta strumento per «...la prevenzione e la correzione delle anomalie fisico-costituzionali e organiche [della persona]..»(secondo la Regione Campania)⁵⁴¹.

In sintesi, dal suesposto quadro normativo si evince come il legislatore (specie quello regionale) abbia , negli anni, cominciato a dare rilievo allo sport al di là della sua dimensione strettamente economico-professionale, valorizzandone un nuovo (e più sostanziale) profilo. Lo sport infatti viene progressivamente inteso, a livello normativo, anche

⁵³⁸ Cfr. Legge Regionale (Regione Valle d'Aosta) del 28 dicembre 1981, n.85

⁵³⁹ Cfr. Legge Regionale (Regione Veneto) del 28 gennaio 1985, n.13.

⁵⁴⁰ Funzione riabilitativa dello sport che è stata di recente ribadita, a livello comunitario, dallo stesso Consiglio. Cfr. Dichiarazione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio su *“Il valore sociale dello sport per i giovani”* del 5 maggio del 2003 (in cui si precisa che «...lo sport può migliorare la qualità della vita e favorire l'indipendenza dei giovani con disabilità.. »).

⁵⁴¹ Cfr. Legge Regionale (Regione Basilicata) del 12 aprile 1985, n.18; Legge Regionale (Regione Campania) del 29 marzo 1984, n.21

(e soprattutto) come una attività che ciascun individuo ha il diritto di svolgere per il raggiungimento del massimo benessere fisico e mentale⁵⁴².

Il superiore quadro, ben vero, si armonizza poi con quanto avviene in ambito europeo, laddove si è progressivamente cominciato a parlare di sport quale oggetto di un diritto spettante a ciascun individuo e strettamente connesso al diritto fondamentale alla salute. In un primo momento, ciò si riscontra nelle disposizioni contenute in Atti diversi dai Trattati. Si ricorda, al riguardo, la Carta d'Europa dello sport per tutti del 1975⁵⁴³, in cui si afferma che «...ognuno ha il diritto di praticare sport» in quanto esso costituisce «...un importante fattore dello sviluppo umano». Ed inoltre, le varie raccomandazioni e risoluzioni con cui il Consiglio d'Europa ha evidenziato la funzione fondamentale dello sport quale mezzo prodromico per lo sviluppo ed il mantenimento del benessere mentale e fisico (e quindi della salute) dell'individuo⁵⁴⁴. Così come, parimenti, va letta la Dichiarazione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 5/5/2003 in cui viene posta in luce la rilevanza sanitaria dell' attività

⁵⁴² Si è parlato in tal senso di “*priorità dell'uomo sull'atleta*” e di “*sport a misura d'uomo*”. Al riguardo, cfr. C. PARRINELLO, *Attività sportiva e sviluppo della persona, in Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1991, fasc.3, 771.

⁵⁴³ Cfr. Carta d'Europa dello sport per tutti, Bruxelles, 20 marzo 1975

⁵⁴⁴ Cfr. *ex multis*: Consiglio d'Europa, Raccomandazione n.588/1970 in materia di “*sport per tutti*”(in cui, dopo aver ribadito la funzione socio-culturale dello sport, si precisa che «...lo sport [ha] una funzione fondamentale...biologica, consistente nella prevenzione e nello sviluppo delle capacità fisiche [e mentali] delle generazioni presenti e future...»); Risoluzione n.1/1995 con cui è stato adottato il *Manifesto Europeo sui giovani e lo sport* (in cui si ribadisce che «lo sviluppo e l'educazione equilibrata delle facoltà fisiche.....sono fondamentali», che «...l'educazione attraverso lo sport può apportare...al miglioramento della salute...» e che «... la pratica dello sport ha lo scopo di promuovere soprattutto: lo sviluppo mentale, fisico e sociale...»).

sportiva⁵⁴⁵ e si ribadisce la necessità «...di diffondere i valori dello sport [come mezzo] di promozione del benessere fisico e mentale e di miglioramento della qualità della vita...». Affermazione, quest'ultima, che è stata recepita dal Libro bianco sullo sport del 2007, laddove a chiare lettere si afferma che «...le istituzioni europee hanno riconosciuto la specificità del ruolo svolto dallo sport nella società europea...in termini di salute...»⁵⁴⁶.

Fermo restando l'importanza delle fonti suindicate, va comunque rilevato come una svolta decisiva in materia si sia verificata in seguito alla recentissima entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵⁴⁷. Con il nuovo art.165 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁵⁴⁸ (ex art.149 TCE, così come modificato dal Trattato di Lisbona) infatti viene definitivamente sancito, a livello di diritto comunitario primario, il principio per cui «...l'azione dell' Unione è intesa:...a sviluppare la

⁵⁴⁵ Cfr. Dichiarazione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 5/5/2003 cit.(in cui si afferma che «... l'attenzione rivolta alla dimensione economica dello sport in Europa rischia di indebolirne la funzione...sanitaria per i giovani»).

⁵⁴⁶ Cfr. Commissione , *Libro Bianco sullo sport*, Bruxelles, 11 luglio 2007, COM(2007) 391 def.

⁵⁴⁷ *Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea*, in G. U. U.E. , C 306, 17 dicembre 2007(entrato in vigore il 1°dicembre 2009). Con riferimento alle varie ed importanti modifiche introdotte dal nuovo Trattato europeo, cfr. tra gli altri: J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 27ess. Con particolare riferimento alle conseguenze prodotte dal Trattato di Lisbona in materia di diritti fondamentali, cfr. di recente: M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona:verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.3/2010, 221e ss.; T. PENSABENE LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali:nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in *Nuove Autonomie*, n.2/2010, 381-414. Per un'analisi degli svolgimenti della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e del Tribunale costituzionale tedesco (circa i rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario), nell'ambito di un processo d'integrazione europea che, partendo dall'adozione del Trattato di Maastricht, è giunto, oggi, ad una nuova importante tappa scandita dal Trattato di Lisbona, cfr. A. ANZON, *I tribunali costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona*, in *Diritto e società*, n.1/2010, 1-36.

⁵⁴⁸ *Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, in G.U.U.E. , C 83, 30 marzo 2010.

dimensione europea dello sport...proteggendo *l'integrità fisica e morale degli sportivi*, in particolare dei più giovani tra di essi».

L'inscindibilità del binomio sport-diritto alla salute è (*a contrario*) ulteriormente confermata dal fatto che un'attività sportiva può essere legittimamente svolta solo ove siano rispettate delle condizioni minime (imposte normativamente) volte a tutelare la salute dell'atleta⁵⁴⁹. In altri termini - come in precedenza accennato - il diritto allo sport, come manifestazione del diritto alla salute, deve essere inteso in un duplice senso. Esso infatti non è ascrivibile soltanto al diritto di ogni individuo di svolgere attività motorie per raggiungere il proprio benessere fisico e mentale, ma costituisce altresì il diritto dell'atleta di ricevere un' adeguata assistenza medico-sportiva⁵⁵⁰ (che

⁵⁴⁹ Pensiamo, ad esempio (anche con riferimento agli sport più violenti), alla regola che impone, durante un incontro di boxe, la presenza a bordo ring di un medico incaricato d'interrompere lo scontro qualora ritenga che ci sia il rischio di gravi conseguenze per la salute dell'atleta.

⁵⁵⁰ Sul punto, cfr.: A. ALBANESI, *Tutela sanitaria delle attività sportive*, in *Riv. dir. sport.*, 1971, 385e ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1984, 112 e ss.; A. BARBARITO MARANI TORO, *Sanità e medicina sportiva*, in *N.ss. D.I.*, XVI,1969, 487e ss.; C. BOTTARI, *Attività motorie e sportive: profili di carattere costituzionale*, in *Ragiusan*, 2006, fasc. 263-264, 8-10. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia come «...la prevenzione degli infortuni nelle attività motorie e sportive [diventa] così parte essenziale del sistema tutela della salute...» intesa «... anche secondo le consolidate indicazioni provenienti dalle normative di carattere internazionale ed in particolare da quanto più volte affermato dalla stessa Organizzazione mondiale della sanità...[come comprensiva] di tutti gli interventi finalizzati a garantire la tutela della salute del cittadino nel senso più vasto del termine, con riferimento non soltanto alla sanità personale, da un punto di vista fisico e psichico, ma anche ...agli interventi preventivi e riabilitativi di qualsiasi natura [pertanto anche in materia sportiva]» (sull'ampiezza del concetto di "tutela della salute" cfr., altresì, Corte costituzionale, sentenza del 4 dicembre 2002, n.510). L'A. si sofferma inoltre sui problemi interpretativi, derivanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione, in materia di tutela della salute. In particolare - mentre il previgente art.117 Cost. attribuiva alle Regioni competenza in materia di "assistenza sanitaria ed ospedaliera"- il nuovo art.117 introduce (al posto dell'"assistenza sanitaria ed ospedaliera"), nell'ambito delle materie di competenza concorrente delle Regioni, la "tutela della salute". Sicché, è prospettabile che in tale materia (anche con riferimento al fenomeno sportivo) - fermo restando la potestà delle Regioni di disciplinare tramite norme di dettaglio - lo Stato, oltre all'individuazione

gli garantisca le migliori condizioni psico-fisiche necessarie per compiere, al meglio, gli sforzi atletici richiesti senza subire infortuni), cui si accompagna il divieto (sempre in capo allo sportivo) di assumere sostanze che, pur migliorando il rendimento atletico, possano ledere la salute⁵⁵¹. I superiori rilievi trovano riscontro, ad esempio, nella progressiva attenzione che, a partire dagli anni '70 (per la verità con un intervento normativo posto in essere già nel 1950), il legislatore statale e regionale ha mostrato in materia di tutela medico-sanitaria dell'attività sportiva. Oltre infatti alla ben nota legge n.1055/1950⁵⁵², è certamente d'obbligo un breve cenno alla l.n.1099/1971⁵⁵³ (in base alla quale «...gli atleti partecipanti a competizioni sportive, che impiegano, al fine di modificare artificialmente le loro energie naturali, sostanze che possono risultare nocive per la loro salute...sono puniti...»), nonché ai suoi molteplici decreti di attuazione con cui, fra l'altro, è stato ribadito che «...gli atleti partecipanti a competizioni non possono impiegare [sostanze] al fine di modificare artificialmente le loro energie naturali»⁵⁵⁴, con cui sono stati istituiti corsi di “medicina dello sport”⁵⁵⁵ e sono stati fissati

dei principi fondamentali, possa intervenire attraverso l'esercizio, in via esclusiva, delle funzioni nell'ambito di materie *trasversali*, quali: la tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e politici (cfr., tra le altre, Corte costituzionale, sentenza del 26 giugno 2002, 282).

⁵⁵¹ Cfr. A. VIGORITA, *Il doping degli atleti nel diritto ordinario ed in quello sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1971, 273 e ss.; C. PALMIERE - M. POLITI - M. PIOMBO - M. CANALE, *La dimensione medico giuridica del fenomeno doping*, in *Riv. it. med.leg.*, 2002, 33ess.

⁵⁵² Cfr. Legge 28 dicembre 1950, n.1055.

⁵⁵³ Cfr. Legge 26 ottobre 1971, n.1099.

⁵⁵⁴ Cfr. D.M. 5 luglio 1975 (su *Elenchi delle sostane capaci di modificare le energie naturali degli atleti, nonché le modalità di prelievo dei liquidi biologici ed i relativi metodi di analisi*).

⁵⁵⁵ Cfr. D.M. 5 luglio 1975 (su *Disciplina dell'accesso alle singole attività sportive (età, sesso, visite obbligatorie)*).

dei criteri d'insegnamento per garantire un'adeguata preparazione dei massaggiatori sportivi e degli ausiliari del medico sportivo⁵⁵⁶. E sempre in quest'ottica, la l. n.833/1978⁵⁵⁷ – nel fare espresso riferimento alla tutela sanitaria delle attività sportive ed alla rilevanza della medicina dello sport - afferma il principio per cui ogni individuo, anche nello svolgimento di attività motorie, ha il diritto di pretendere dall'Amministrazione tutta una serie di servizi volti alla tutela della propria salute. Molteplici inoltre sono stati, a partire dagli anni '80, i D. M. con cui è stato imposto, a chiunque volesse svolgere attività sportiva agonistica⁵⁵⁸ o non agonistica⁵⁵⁹, l'obbligo di sottoporsi preventivamente e periodicamente a vista medica, al fine di accertare «..il proprio stato di buona salute..», nonché la propria «...idoneità specifica allo sport che s'intende svolgere..»⁵⁶⁰. Ed ancora rilevanti (fra le altre) sono state le leggi con cui la Regione Abruzzo ha richiesto alle società ed associazioni sportive locali (quale condizione di partecipazione dei propri atleti ad eventi sportivi) di svolgere «.. accertamenti e certificazioni di idoneità, conservando ...la relativa certificazione»⁵⁶¹, e quelle con cui la Regione Molise si è impegnata a provvedere «...alla tutela ...sanitaria delle attività sportive...al fine di

⁵⁵⁶Cfr. D.M. 5 luglio 1975(su *Determinazione delle materie fondamentali d'insegnamento per quanto concerne i corsi per i massaggiatori sportivi*).

⁵⁵⁷ Cfr. Legge 23 dicembre 1978, n.833.

⁵⁵⁸ Cfr. D.M.18 febbraio 1982 (*Norme per la tutela sanitaria dell'attività sportiva agonistica*).

⁵⁵⁹ Cfr. D.M.28 febbraio 1983 (*Norme per la tutela sanitaria dell'attività sportiva non agonistica*).

⁵⁶⁰Sul punto, cfr. ad esempio: D.M 22 ottobre 1982(*Norme per la tutela sanitaria dei giocatori di calcio*);D.M. 16 febbraio 1984 (*Norme per la tutela sanitaria dei pugili professionisti*); D.M.15 settembre 1983 (*Norme per la tutela dei ciclisti professionisti*);D.M.1 giugno 1987, n.240 (*Norme per la pesca subacquea professionale e per la salvaguardia e la sicurezza dei pescatori subacquei*).

⁵⁶¹ Cfr. Legge Regionale n.52/1981, cit.

raggiungere gli obiettivi di promozione dell'educazione sanitaria relativa alla pratica delle attività motorie e sportive, ...tutela e valutazione dello stato di salute degli atleti...»⁵⁶². A chiusura del quadro normativo qui delineato va, infine, ricordata la l. n. 376/2000⁵⁶³ che – nell'adottare una disciplina organica in materia di tutela sanitaria delle attività sportive e di lotta contro il *doping* – attribuisce ad una Commissione (istituita presso il Ministero della salute) il compito di vigilanza e controllo. Inoltre, per facilitare l'operato di tale Commissione, è stato altresì previsto che quest'ultima possa collaborare con enti pubblici e privati e con il CONI (al quale è, fra l'altro, affidata la funzione di prevenzione e repressione della pratica del doping in ambito sportivo).

Alla luce della normativa sin qui esaminata, oggi, risulterebbe dunque arduo parlare di sport senza fare, necessariamente, riferimento anche alla “inscindibile” *tutela della salute* dei soggetti che lo praticano. In modo ineluttabile, dalla legislazione statale e regionale in materia, si ricava infatti l'esigenza di disciplinare il settore sportivo in modo tale che ci sia sempre un equilibrio tra l'interesse dello sportivo e della società (spesso *orientato* da motivi economici) di migliorare le prestazioni ed il risultato atletico ed il diritto dell'atleta (costituzionalmente protetto) di praticare l'attività sportiva nel massimo rispetto della propria integrità psico-fisica. Corollario di ciò è dunque il dovere (normativamente imposto), in capo alle società ed ai soggetti responsabili dell'integrità dello sportivo (medici sportivi, preparatori atletici), di assicurare che l'utilizzo delle nuove tecniche di

⁵⁶² Cfr. Legge Regionale 3 marzo 1988, n.5.

⁵⁶³ Cfr. Legge 14 dicembre 2000, n.376.

preparazione (volte a migliorare il rendimento della prestazione sportiva) sia sempre compatibile con la tutela del diritto primario alla salute dell'atleta.

Quanto si è fin qui osservato assume un rilievo prioritario, ove si consideri che la salute dello sportivo viene protetta quale interesse primario anche nell'ambito dello sport professionistico. Tanto è vero che pur in tale settore – pacificamente ritenuto un'attività economica (che trova, peraltro, supporto costituzionale nell'art.41 della Carta fondamentale) - la normativa *antidoping* (1.376/2000) vieta e sanziona l'utilizzo e la somministrazione di quelle sostanze che, sebbene migliorino il rendimento dell'atleta (e quindi, indirettamente, il profitto economico della società), siano lesive per la salute dello sportivo. Tale divieto infatti (come precisato dalla normativa in materia) risponde all'esigenza fondamentale (oltre a quella, pur importante, di garantire il *principio della parità delle armi tra gli atleti*⁵⁶⁴) di evitare qualunque lesione all'integrità psico-fisica del giocatore.

⁵⁶⁴ Al riguardo, si ricorda – come più volte ribadito dalle Istituzioni dell'Unione Europea e dal giudice comunitario – che *la parità delle armi tra gli atleti* ed il *fair play* costituiscono principi fondamentali del fenomeno sportivo, in quanto mirano a garantire una parità sostanziale tra i concorrenti al fine di evitare che i risultati delle competizioni vengano falsati. Cfr. Dichiarazione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 5/5/2003 (in cui si evidenzia la «...necessità...di promuovere misure destinate ai giovani, a favore del *fair play* ...contro le minacce ...[derivanti] in particolare dal doping... »); cfr. Tribunale di primo grado, Sez. IV, sentenza del 30 settembre 2004, n. T-313/02 (in cui si afferma che «...la lotta antidoping è intesa a preservare, in primo luogo, lo spirito sportivo (il *fair play*) senza il quale lo sport, praticato tanto a livello dilettantistico quanto professionale, non è sport....Pertanto, il divieto di doping, in quanto espressione particolare del principio del *fair play*, rientra fra le prime regole del giuoco sportivo... »). Sul punto, di recente, cfr. tra gli: A. MASSERA, *Lo sport e il principio della parità delle armi, tra politiche antidoping e diritto della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2007, fasc.1, 175e ss..

In buona sostanza, nell'ambito del settore sportivo, qualora occorra fare un bilanciamento tra esigenze fondamentali (costituzionalmente riconosciute) contrastanti (nella specie, interessi economici della società e salute dello sportivo), è pacifico che si dovrà ritenere prevalente il diritto dell'atleta alla propria integrità psico-fisica. Ciò, ovviamente, comporta significative conseguenze. Infatti lo sportivo avrà, ad esempio, il pieno diritto di rifiutare trattamenti medici sospetti; così come la società (in caso di rifiuto del giocatore di assumere sostanze dopanti) non potrà, come ritorsione, impedire all'atleta di svolgere l'attività sportiva.

Un'ulteriore osservazione.

La tesi in base alla quale esisterebbe un diritto allo sport inteso quale manifestazione del più ampio diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost. sembra trovare accoglimento anche da parte della giurisprudenza di merito. In passato, ad esempio, alcune pronunce⁵⁶⁵ hanno affermato il principio secondo cui il mancato inserimento nel campionato di calcio (nella specie, il campionato interregionale di calcio di serie D) di una associazione affiliata ad una Federazione (la FIGC) – disposto dalla decisione dell'apposita Commissione federale - non comporterebbe la violazione dei diritti costituzionalmente garantiti (art.2 e 32 Cost.), in quanto non preclude lo svolgimento dell'attività sportiva ma semplicemente lo consente ad un livello inferiore. Tale orientamento quindi ha implicitamente ammesso che - ove l'attività sportiva venisse totalmente impedita – il divieto di

⁵⁶⁵ Cfr. *ex multis*: Pretura di Roma, sentenza del 14 settembre 1981, *Associazione calcio Porto Torres c. FIGC*.

praticare sport si tradurrebbe in una lesione del diritto fondamentale ex art. 32 Cost.

Ma ancor più significativa – a mio avviso - è la recente sentenza del 21 maggio 2007 con cui il Tribunale di Bolzano⁵⁶⁶ si è pronunciato in ordine alla responsabilità di un gestore d'impianti sciistici per i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti da uno sciatore, uscito fuori pista, a causa dell'assenza delle necessarie reti di protezioni. In particolare, il Tribunale – oltre a determinare il titolo di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) della società gestrice e l'eventuale risarcibilità, a favore dello sciatore, del danno esistenziale⁵⁶⁷ - è stato chiamato a stabilire se il *danno da ridotta capacità di praticare lo sci (o altro sport)* sia risarcibile e (in caso di risposta affermativa) a quale categoria di danno possa essere ricondotto. Ebbene, il giudice di

⁵⁶⁶ Cfr. il Tribunale di Bolzano, Sez. Dist. Bressanone, sentenza del 21 maggio 2007, *K.M. c. Nuova Plose s.p.a.*, con nota di M. CURTU, in *Diritto del turismo*, n.4/2008. Tale decisione è stata pronunciata in ordine alla seguente fattispecie. Uno sciatore (*K.M.*), durante una discesa particolarmente ardua, è precipitato rovinosamente fuori dalla pista sbattendo contro alcuni alberi, poiché, nel punto di caduta, mancavano le necessarie reti di protezione. Per tale ragione lo sciatore ha citato in giudizio la società gestrice degli impianti sciistici (*Nuova Plose s.p.a.*), chiedendo l'integrale risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali (comprensivi del danno biologico, morale ed esistenziale), ed in particolare del *danno da ridotta capacità di praticare sport*. Il Tribunale – dopo aver richiamato i vari orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in ordine alla natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità del gestore di impianti di sci ed in ordine alla categoria del danno esistenziale – ha ritenuto la società convenuta responsabile ex art.2051 c.c. ed ha accolto parzialmente le richieste risarcitorie, rigettando però il ristoro del danno esistenziale.

⁵⁶⁷ Con riferimento al ben noto contrasto giurisprudenziale circa la configurabilità del danno esistenziale, si segnala quanto segue. Per la tesi secondo cui non esisterebbe una categoria generale ed autonoma di danno esistenziale, cfr. ex *multis*: Corte di Cassazione, sentenza del 30 ottobre 2007, n.22884. Per la tesi secondo cui il danno esistenziale costituirebbe un'autonoma posta risarcibile, cfr.: Corte di Cassazione, Sez. Unite, sentenza del 24 marzo 2006, n.6572. Per la tesi "intermedia", secondo cui il risarcimento del danno esistenziale sarebbe possibile, esclusivamente, in caso di lesione di interessi e valori costituzionalmente garantiti, cfr.: Corte di Cassazione, sentenza del 20 febbraio 2007, n.3979; sentenza del 9 novembre 2006, n.23918. Il contrasto è stato di recente composto dalle Sezioni Unite, con sentenza del 11.novembre 2008, n. 26972.

merito (dopo aver precisato che il gestore d'impianti sciistici risponde a titolo di responsabilità ex art.2051 c.c., e che lo sciatore non ha diritto al risarcimento del danno esistenziale se non prova la violazione di diritti costituzionalmente garantiti diversi dal bene salute) afferma il principio per cui «...il *danno da ridotta capacità di praticare sport* trova ristoro nell'ambito della personalizzazione⁵⁶⁸ del *danno alla salute* [danno biologico]». E ciò, in quanto «...il danno alla salute o danno biologico (art.32 Cost.) comprende ogni pregiudizio [quale anche l' impossibilità di fare sport] diverso da quello consistente nella diminuzione e nella perdita della capacità di produrre reddito che la lesione del bene salute abbia provocato alla vittima, e non è concettualmente diverso...dal danno alla vita di relazione, che...rappresenta l'impossibilità o la difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali e di mantenerli ad un livello normale; [pertanto] la perdita subita sotto questi profili integra il danno biologico nelle sue varie componenti e deve trovare adeguato risarcimento nella considerazione onnicomprensiva e personalizzata di tale tipo di danno».

In sintesi, secondo la ricordata giurisprudenza, una lesione fisica che riduce la possibilità di svolgere attività sportiva – incidendo negativamente sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali del soggetto danneggiato, nonché comprimendo una capacità di quest'ultimo (quella di fare sport) prodromica al

⁵⁶⁸ Si parla di “personalizzazione” del danno alla salute, in quanto il Tribunale liquida tale danno ricorrendo al metodo tabellare, ma aumentando (del 7%) la percentuale del danno biologico da invalidità permanente. E ciò, poiché si è ritenuto che tale maggiorazione potesse risarcire anche gli effetti che le menomazioni, patite dallo sciatore, hanno prodotto sulla sua vita sociale.

raggiungimento del benessere psico-fisico – costituisce un pregiudizio riconducibile alla categoria “lesione del bene salute”. Sicché, dal punto di vista risarcitorio, il danno da ridotta capacità di esercitare sport va ristorato quale danno alla salute ex art. 32 Cost. (o danno biologico⁵⁶⁹). Inoltre – considerato, come si è detto precedentemente, che il ristoro del danno alla salute deve altresì tenere conto dell’incidenza negativa che quest’ultimo ha concretamente prodotto sul modo di vivere della vittima - va aggiunto che il risarcimento del danno da perdita della capacità di fare sport va disposto anche quando il danneggiato sia un atleta dilettante. Sotto il profilo della tutela della salute, infatti, al soggetto danneggiato che perde la capacità di praticare sport va sempre assicurata protezione (indipendentemente dalla circostanza che sia un professionista o un dilettante), in quanto qualunque attività sportiva (sia essa professionistica o meramente ludico-ricreativa) ha l’effetto di conseguire il benessere psicofisico (costituzionalmente tutelato) della persona che la svolge.

Le analisi dei profili esaminati inducono ad una necessitata considerazione finale.

Ritenere (e sembra che ci siano tutti i presupposti per farlo) che il diritto allo sport sia espressione del diritto alla salute ex art.32 Cost., significa riconoscere ad ogni persona il diritto fondamentale di

⁵⁶⁹ Inteso appunto - secondo la definizione fornita dallo stesso legislatore (artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209/2005, che ha introdotto il nuovo Codice delle assicurazioni) - quale «...lesione ...dell’integrità psicofisica della persona ...che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato [quale appunto la possibilità di esercitare attività sportiva] indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito». Tale definizione costituisce il recepimento e lo sviluppo di quanto era già stato statuito, in materia, dal Giudice delle Leggi (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 11 luglio 2003, n.233).

svolgere attività sportiva e di svolgerla secondo le proprie esigenze, limiti ed abilità. Ciò impone , quale corollario diretto, il dovere in capo al legislatore (statale e regionale) ed alle istituzioni sportive di disciplinare il settore dello sport in modo da non garantire soltanto le eccellenze (i professionisti); ma incentivando, altresì, la pratica di quelle attività motorie, anche semplicemente ludico-ricreative, finalizzate comunque al raggiungimento del benessere fisico e mentale dell'individuo.

3.UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELLO SPORT ALLA LUCE DEGLI ARTT. 2 E 18 COST.

Il carattere fondamentale dell'interesse dell'individuo a svolgere attività sportiva parrebbe trovare anche fondamento in altre due norme della Carta costituzionale: gli artt. 2 e 18 della Costituzione.

3.1 DIRITTO ALLO SPORT QUALE DIRITTO INVIOLABILE DELL'UOMO EX ART.2 COST.

Lo sport – se inteso (come perspicuamente definito dal Consiglio d'Europa⁵⁷⁰) quale attività fisica (professionistica o semplicemente ludico-ricreativa) che, mediante una partecipazione organizzata o meno e nel corso di competizioni a tutti i livelli, ha «... come obiettivo il miglioramento delle condizioni psicofisiche, lo sviluppo delle relazioni sociali o il conseguimento di risultati [che l'atleta sente l'esigenza interiore di raggiungere] » - costituisce chiaramente

⁵⁷⁰ Cfr. la definizione di “sport” accolta dal Consiglio d'Europa nel *Manifesto Europeo sui giovani e lo sport* (adottato il 17-18 maggio 1995, con Risoluzione n.1/1995).

un'attività attraverso cui l'individuo svolge, all'interno della società, la propria personalità. In tale ottica quindi – nel pieno rispetto del “principio personalista” (che pone «...come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana»⁵⁷¹) - sembra ragionevole ricondurre il fenomeno sportivo all'art. 2 Cost., secondo cui la Repubblica «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ...».

In tal senso, certa dottrina ha evidenziato come «...la stessa essenza dello sport...[sia quella di costituire]...la manifestazione e lo sviluppo della personalità dell'uomo... » e pertanto «...l'esercizio fisico coordinato e indirizzato verso precise finalità, costituisce di per sé un diritto inviolabile dell'uomo... »⁵⁷². In altri termini «...la pratica sportiva [costituirebbe] esplicazione di un diritto inviolabile dell'uomo, sia a livello individuale che in formazioni più ampie comprendenti una pluralità d'individui»⁵⁷³. D'altronde, come in precedenza accennato, per nulla osta, al fine di annoverare il diritto allo sport nell'ambito dell'art.2 Cost. , l'assenza di una espressa

⁵⁷¹ Cfr. Cort. cost., sent.167/99, cit.

⁵⁷² Cfr. M. COCCIA- A. DE SILVESTRI – O. FORLENZA – L. FUMAGALLI – L. MUSUMARRA – L. SELLI, *Diritto dello sport*, Firenze, 2004, 22. Sul punto, cfr. altresì: E. CALO', *Sport e diritti fondamentali*, in *Corriere giuridico*, n.2/2002, 227 (secondo l'A. «...il diritto alla pratica sportiva costituisce non solo espressione della libertà di associazione ...ma anche esplicazione della personalità umana.»); C. PARRINELLO, *Attività sportiva e sviluppo della persona*, cit., 785 (secondo cui «...l'attività sportiva, in quanto porzione peculiare (ma, proprio per questo, assoluta) della dimensione uomo come persona, nella sua sintesi di corporeità e spiritualità...si manifesta allora quale espressione dello svolgimento necessario dei valori viventi e, come attività e comportamento, esprime anch'essa l'esigenza della loro completa realizzazione. »).

⁵⁷³ Cfr. M. COCCIA- A. DE SILVESTRI – O. FORLENZA – L. FUMAGALLI – L. MUSUMARRA – L. SELLI, *Diritto dello sport*, cit., 23.

previsione in tal senso, stante la tendenza del Giudice delle leggi di ritenere il suddetto articolo quale norma «a fattispecie aperta»⁵⁷⁴.

Che il diritto a praticare sport – in quanto consente all'individuo di svolgere la propria persona nella dimensione fisica e psichica – costituisca un diritto inviolabile ex art. 2 Cost. già lo si inverte in alcune pronunzie del giudice ordinario ed amministrativo. È stato, ad esempio, affermato che il diniego di tesseramento, da parte degli organi sportivi, può costituire una lesione del «diritto a svolgere attività agonistica » inteso quale « diritto [fondamentale] soggettivo dell'atleta » in quanto, incidendo negativamente «su l'interesse all'agonismo, ...lede la personalità del soggetto»⁵⁷⁵. Così come il giudice amministrativo ha precisato che «...le norme regolamentari delle Federazioni sportive che disciplinano la partecipazione dei privati agli organi rappresentativi delle Federazioni stesse, ...incidono su diritti [il diritto a partecipare al fenomeno associativo sportivo, quale manifestazione del più ampio diritto allo sport] che l'ordinamento giuridico riconosce e garantisce all'individuo come espressioni della sua personalità »⁵⁷⁶. Ed ancora, di particolare rilievo sono le recenti sentenze nn. 18919/2005⁵⁷⁷ e 21005/2006⁵⁷⁸ con cui la

⁵⁷⁴ Cfr. Cort. cost, sent. nn. 167/1999; 383/1998; 50/1998, cit.

⁵⁷⁵ Cfr. Pretura di Modena, sentenza del 10 febbraio 1987.

⁵⁷⁶ Cfr. TAR Lazio, Sez. III, sentenza del 26 aprile 1986, n.1641.

⁵⁷⁷ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza del 28 settembre 2005, n. 18919, *Asr.Miraglia SRL c. As Bari SPA ed altri*.

⁵⁷⁸ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza del 27 settembre 2006, n.21005, *Asr.Miraglia SRL c. Lega Nazionale Professionisti Figc ed altri*. La pronuncia *de qua* è stata l'esito della seguente vicenda. Il 31 luglio 1993, il Consiglio federale della FIGC ha rigettato l'istanza d'iscrizione, al campionato di calcio serie C1 per l'anno 1993-1994, proposta da A.C.R. Messina spa (diventa poi Asr. Miraglia SRL). Tale provvedimento ha portato alla risoluzione di una serie di contratti tra la società ed alcuni calciatori. Uno di questi giocatori è stato, quindi, tesserato dalla società Pescara Calcio spa. L'A.C.R. Messina spa, pertanto, ha dato avvio alla procedura interna federale per ottenere, dal

Suprema Corte – nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto, con riferimento agli artt. 24 e 102 Cost., le norme che impongono il c.d. vincolo di giustizia sportiva – ha evidenziato come «il fondamento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo [e quindi del diritto allo sport che ne costituisce il nucleo essenziale] è da rinvenire ...nell'art.2 Cost. relativo al riconoscimento dei diritti inviolabili delle formazioni sociali⁵⁷⁹ nelle quali si svolge la personalità del singolo... ».

Orbene – se risulta asseverato che l'interesse a svolgere attività sportiva è riconducibile all'art.2 Cost. - non soltanto si può configurare il diritto allo sport quale diritto fondamentale, ma (aderendo a quell' orientamento dottrinario⁵⁸⁰ che, nell'ambito dell'articolo 2 della Carta costituzionale, da particolare rilievo al

Pescara, il pagamento dell'indennità di preparazione e promozione ex artt.6 L. n. 91/1981 e 96ess. NOIF della FIGC. In sede di appello, il CAF ha negato l'indennità al A.C.R. Messina spa. Sicché, quest'ultima ha citato in giudizio il Pescara innanzi al giudice ordinario. Sia in primo grado che in appello, la domanda attrice è stata dichiarata inammissibile, stante (osserva il giudice di merito) la previa adesione del A.C.R. Messina spa al c.d. vincolo di giustizia sportiva. Per tale motivo, A.C.R. Messina spa ha proposto ricorso in Cassazione sostenendo, tra le altre censure, l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 24 e 102 Cost., di quelle norme (art.24 Statuto FIGC, art.5 l. n.426/1941; art.4 l.n91/1981) che prevedono il c.d. vincolo di giustizia sportiva.

⁵⁷⁹ È interessante notare come l'interpretazione prospettata dalla Cassazione – secondo cui il diritto allo sport configurerebbe un «diritto inviolabile delle formazioni sociali» - implichi, così come rilevato da parte della dottrina, una «inversione logica» della norma di cui all'art.2 Cost. . Infatti, le formazioni sociali - da luogo in cui l'individuo, attraverso l'esercizio dei propri diritti inviolabili, svolge la sua personalità – divengono, esse stesse, soggetti titolari d'interessi fondamentali diversi ed autonomi. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e infeconda idea», *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990, 50e ss.; P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 319e ss.; L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Diritto Pubblico*, 2007, fasc.1, 15.

⁵⁸⁰ Cfr. DI GIOVINE A., *Art.2: Diritti inviolabili e doveri inderogabili*, in AA.VV., «*Stato della Costituzione*», Milano, 1998, 9ess.; M. COCCIA- A. DE SILVESTRI – O. FORLENZA – L. FUMAGALLI – L. MUSUMARRA – L. SELLI, *Diritto dello sport*, cit., 22.

verbo “*riconoscere*”) sarebbe logico inferirne che tale diritto *preesista* alle stesse attribuzioni statali. In definitiva, sulla base di tale assunto, si potrebbe sostenere che «i gruppi sportivi, in quanto proiezioni dell’individuo, godono di libertà inviolabili [tra cui il diritto allo sport] *riconosciute* e pertanto preesistono (in senso temporale e valoriale) allo stesso Stato»⁵⁸¹.

3.2 SPORT E LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE EX ART.18 COST.

Lo sport acquista rilevanza costituzionale anche laddove si faccia riferimento all’art.18 Cost.. Il fenomeno sportivo infatti è ontologicamente connesso alla libertà fondamentale di associazione⁵⁸² sotto un duplice profilo.

⁵⁸¹ Cfr. L. FERRARA, *L’ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, cit., 14. Tuttavia, di contro, si potrebbe obiettare (come rilevato da altra dottrina), a chi ritiene che il verbo *riconoscere* ex art.2 Cost. indichi la preesistenza dei diritti inviolabili nei confronti dello stesso ordinamento giuridico, che tali diritti possono essere tutelati solo nell’ambito dell’ordinamento che li riconosce. Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 4 e ss.

⁵⁸² Per un esame dei profili più rilevanti della libertà di associazione, pur nella consapevolezza della vastissima bibliografia in materia, si rimanda, fra gli altri, ai tradizionali studi di: P. BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958; V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, in *Giur.cost.*, 1962, 745e ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *SCIALOJA-BRANCA Commentario del codice civile*, Bologna, 1969; G. MIELE, *Associazione (diritto di)*, in *Nss. D.I.*, I, Torino, 1958, 1418e ss.; P. RESCIGNO, *Formazioni sociali e terzi*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 414; Id. *La tutela della personalità nella famiglia nella scuola nelle associazioni*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974, 4013e ss.; U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 1987, 484e ss.; P. RIDOLA, *Associazione. (I) – Libertà di Associazione*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto. Enciclopedico Italiano, Roma; G. QUADRI, *Libertà di associazione e corporazioni pubbliche a struttura associativa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 217e ss.; S. BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano, 1970; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti Pugliatti*, Milano, 1978, II, 1566e ss.; C. MEZZANOTTE, *La riunione nella dinamica del fenomeno associativo e come valore costituzionale autonomo*, in *Giur. cost.*, 1970, 610 e ss.

Anzitutto il fenomeno associativo caratterizza la specificità strutturale dell'ordinamento sportivo. Esso infatti si articola in una serie di enti associativi (le Federazioni e le discipline sportive associate) che, costituendo a loro volta associazioni di società ed associazioni sportive, danno vita al c.d. *associazionismo sportivo*. Quest'ultimo non è altro che il risultato dell'esercizio della *libertà di associazione sportiva*, intesa come il diritto che ognuno ha di aderire liberamente e volontariamente ad associazioni di più individui che svolgono, in forma organizzata e tendenzialmente stabile, attività sportiva per il perseguimento di fini comuni (tra i quali – anche qualora si tratti di sport professionistico – vi è sempre il fine dello sviluppo della personalità fisica e psichica dell'individuo).

Inoltre, indipendentemente dalla struttura dell'ordinamento sportivo, è la stessa pratica sportiva che, per il suo svolgimento, non può prescindere dalla dimensione associativa. La connessione tra associazionismo e sport professionistico individuale o collettivo (o “di squadra”) è infatti intuitiva. Ma anche nel caso di attività sportiva individuale e ludico-ricreativa (che non richiede, pertanto, l'adesione ad alcuna società od associazione), il fenomeno associativo viene in rilievo laddove l'atleta pratica lo sport nel rispetto di regole (senza le quali non si tratterebbe di sport ma di mero movimento) stabilite, a monte, dall'ente associativo sportivo di vertice competente, o confrontandosi, al fine di migliorare il proprio rendimento, con la prestazione di altri soggetti che si sono cimentati nella stessa disciplina sportiva⁵⁸³.

⁵⁸³ In tal senso, cfr. M. COCCIA- A. DE SILVESTRI – O. FORLENZA – L. FUMAGALLI – L. MUSUMARRA – L. SELLI, *Diritto dello sport*, cit., 22 (secondo cui

Nell'ambito di tale quadro di riferimento, pertanto, pare ragionevole ritenere che la *libertà di associazione sportiva* sia riconducibile alla *libertà di associazione ex art. 18 Cost.*, ed assurga dunque a libertà fondamentale costituzionalmente tutelata⁵⁸⁴.

Tale interpretazione risulta inoltre perfettamente in linea con l'ampia concezione di libertà di associazione accolta dal Giudice delle leggi. La libertà ex art. 18 Cost. infatti (lungi dall'essere ingabbiata in rigide definizioni) è stata genericamente considerata come la «proiezione, sul piano dell'azione collettiva, della libertà individuale riconosciuta e tutelata dalla Costituzione » e, come tale, qualificata come diritto inviolabile⁵⁸⁵. In altri termini, come sottolineato dalla dottrina⁵⁸⁶, l'assenza di una definizione costituzionale di "associazione" va intesa come indice della volontà, da parte del Legislatore costituzionale⁵⁸⁷, di

«... la pratica sportiva, anche senza profili agonistici, non costituisce ...un'attività solitaria dell'individuo...[Infatti] anche laddove lo sport preveda applicazione individuale di attività fisiche ed intellettuali senza richiederne la contestualizzazione e il coordinamento con altre dello stesso genere poste in essere da individui, l'individuo trae dal confronto e dall'esempio posto dalla medesima attività svolta da altri motivi di miglioramento della propria stessa attività »).

⁵⁸⁴ Cfr. M. COCCIA- A. DE SILVESTRI – O. FORLENZA – L. FUMAGALLI – L. MUSUMARRA – L. SELLI, *Diritto dello sport*, cit., 23 (secondo cui «La libertà di associazione tutela, nel nostro Paese, anche ogni forma di organizzazione sportiva intesa come il risultato dell'esercizio libero di un diritto riconosciuto dalla Costituzione ai cittadini; ...la Costituzione, tutelando la libertà di associazione..., riconosce e tutela l'associazionismo sportivo...»).

⁵⁸⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 30 luglio 1984, n.239; sentenza del 25 novembre 1993, n.417.

⁵⁸⁶ Cfr. A. PACE, *Art.18*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1977, 120ss; S. BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, cit.10e ss.; U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, cit.,492 (in cui si precisa che «...la formulazione del 1°co.dell'art.18 è unanimemente riconosciuta come assai liberale, essendosi volutamente ristretta l'area delle associazioni illecite all'area di quelle che mirano a compiere reati in forma associata... »).

⁵⁸⁷ Sulla scelta - in sede di Assemblea costituente - di accogliere una nozione ampia di libertà di associazione, cfr. U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, cit., 487,488.

dare massima ampiezza applicativa all'art.18, al fine di offrire protezione costituzionale ad ogni forma associativa (quindi anche a quella sportiva) che non sia espressamente vietata dalla legge penale. Del resto, gli enti associativi sportivi non sono privi degli unici requisiti richiesti, tradizionalmente, dalla dottrina⁵⁸⁸ quali elementi caratterizzanti di "un'associazione", e cioè: l'elemento organizzativo ed il fine comune tra gli associati (che, nella specie, è quello di svolgere attività sportiva).

Le considerazioni sin qui svolte trovano, inoltre, il conforto della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa. Va, in primo luogo, ricordata la sentenza n.9429/2003⁵⁸⁹ con cui il giudice amministrativo ha implicitamente confermato che la libertà di associazione sportiva è riconducibile alla libertà fondamentale di cui all'art.18 Cost.. Con tale decisione, infatti, il TAR Lazio ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, per violazione degli artt. 2 e 18 Cost., nei confronti dello Statuto del CONI (nella

⁵⁸⁸ Cfr. C. ESPOSITO, *Lo stato fascista e le associazioni*, I, Padova, 1934, 14e ss.; V. CRISAFULLI, *Associazione (diritto civile)*, in *N. D. I*, I, Torino, 1937, 1035e ss..

⁵⁸⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, sentenza del 4 novembre 2003, n.9429. Tale sentenza ha deciso il ricorso con cui la UISP (Unione Italiana Sport per tutti) ha impugnato: a) il Decreto interministeriale adottato (il 19/04/2000) dai Ministri per i Beni e le Attività Culturali e del Bilancio e della Programmazione Economica (con cui è stato approvato l'art.26, Il comma 1 e l'art. 27, comma1, lett.b dello Statuto del CONI, adottato dal Consiglio Nazionale del CONI nella seduta del 24 marzo 2000); b) la deliberazione del Consiglio Nazionale del CONI n.1109 del 24 marzo 2000, con cui è stato riadottato lo Statuto del CONI; c) la deliberazione n.537 del 23/07/2002, con cui la Giunta Nazionale del CONI ha condizionato il riconoscimento di conformità dello Statuto UISP alla attuazione delle modifiche richieste dalla stessa Giunta Nazionale. Tra i vari motivi di censura, la UISP ha sostenuto: a) l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt.2 e 18 Cost., del nuovo Statuto del CONI, nella parte in cui richiede il riconoscimento da parte sua degli enti di promozione sportiva, in quanto avrebbe determinato un'illegittima compressione del diritto di associazione sportiva; b) l'illegittimità del provvedimento di riconoscimento condizionato dello Statuto UISP, poiché – richiedendo, come condizione per accedere alle cariche statutarie UISP, il requisito della cittadinanza italiana – avrebbe violato il diritto a non subire discriminazioni.

parte in cui richiede il riconoscimento da parte sua degli enti di promozione sportiva), sulla base della considerazione che tale disposizione, non prevedendo per gli enti un obbligo ma soltanto una facoltà di richiedere il riconoscimento, non determina una limitazione della libertà di associazione sportiva⁵⁹⁰. Se ne deduce, *a contrario*, che, ove si verificasse una compressione ingiustificata della libertà di associazione sportiva, tale compressione sarebbe incostituzionale per violazione della libertà di cui all'art.18 Cost.

E sempre in tale ottica, con due pronunzie del 2005 e del 2006⁵⁹¹, la Suprema Corte (nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alle norme statali e sportive che prevedono il c.d. vincolo di giustizia sportiva) ha precisato che tale vincolo è legittimo in quanto è espressione del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo il cui «...fondamento è da rinvenire nell'art.18 Cost., concernente la tutela della libertà associativa [nella specie, sportiva] ».

Il ricondurre la libertà di associazione sportiva all'art.18 Cost. sollecita alcune considerazioni.

⁵⁹⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, sent. n.9429/2003, cit., laddove precisa che «...deve ..essere disatteso il secondo motivo di ricorso con cui si lamenta che la norma statutaria del CONI impugnata violerebbe i principi costituzionali in materia di libertà di associazione di cui agli artt. 2 e 18 della Costituzione...Non si ravvisa invero alcuna giuridica compressione del diritto di associazione [sportiva]...dal momento che tali associazioni possono esistere ed operare autonomamente dal CONI. In sostanza è una libera scelta dell'associazione chiedere, o meno, il riconoscimento. Nel caso in cui si opti per tale soluzione – al fine di ottenere i contributi pubblici ed il riconoscimento sul piano sportivo delle manifestazioni- non può ovviamente sottrarsi all'onere di rendere compatibile il proprio statuto con quello del CONI...[Fermo restando che] l'UIISP, a prescindere dal riconoscimento e dal controllo del CONI, ha pur sempre la giuridica possibilità di esercitare liberamente la sua attività, quale associazione non riconosciuta.».

⁵⁹¹ Cfr. Corte di Cassazione, sent. nn.18919/2005; 21005/2006, cit.

Anzitutto, va ricordato come parte della dottrina⁵⁹² – nel ribadire che il diritto di associazione sportiva rientra nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono il nucleo di una «costituzione multilivello» che caratterizza l'ordinamento sportivo – precisa che il fondamento costituzionale della libertà in commento va rinvenuto nell'art.18 Cost. in combinato disposto con l'art.118, co.4 Cost. che favorisce «...l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale...»(c.d. principio di sussidiarietà orizzontale). E ciò in quanto le associazioni sportive sono portatrici di un interesse collettivo fondamentale: l'interesse allo sport (inteso come esigenza sociale e culturale e come interesse collettivo alla tutela psicofisica della persona). Del resto, il fatto che lo sport costituisca oggetto di un interesse generale trova conferma non soltanto in fonti nazionali⁵⁹³ ma anche (e soprattutto) nel diritto comunitario. Al di là infatti delle due ben note Dichiarazioni (quella

⁵⁹² Cfr. A. MANZELLA, *Per una "costituzione sportiva" multilivello*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, fasc.2, 416-421, ed in particolare 418 e 419. L'A. considera l'ordinamento sportivo il punto d'intersezione di più ordinamenti (nazionale, comunitario, internazionale) e, pertanto, esso risulta disciplinato dall'insieme delle regole fissate dalle istituzioni sportive e dai principi comuni degli ordinamenti nazionali e sovranazionali («...ora, con l'affermazione del principio pluralistico, [le affermazioni sull'autonomia sportiva] sono più radicalmente fondate sulla *libertà di*:cioè sulla libertà di governare un settore della società nell'interesse generale. In questa posizione di coabitazione con gli ordinamenti generali in cui di è volta in volta operante, l'autonomia sportiva conosce soltanto il vincolo che è anche di tutti gli ordinamenti generali. È la sovranità universalistica dei diritti fondamentali della persona...La via maestra è naturalmente quella di adoperare la forza persuasiva del movimento sportivo ...per arrivare a una vera «costituzione sportiva multilivello» che componga ad armonia l'ordinamento sportivo e gli ordinamenti generali in cui è, di volta in volta, riconosciuto...»). In quest'ottica, le istituzioni sportive sono delle *meso-istituzioni* che «... [ferma restando] la loro autonomia [consistente] nell'autorganizzazione di un fenomeno sociale originario, estraneo al diritto «politico», sono «ospitate» e riconosciute nei diversi ordinamenti – nazionali, comunitari, internazionali – dentro i quali si trovano ad operare ».

⁵⁹³ Si pensi ad esempio, alla: Legge Regionale (Regione Umbria) del 2 giugno 1987, n.32; Legge Regionale (Regione Puglia) del 16 maggio 1985, n.32.

allegata al Trattato di Amsterdam del 1997⁵⁹⁴ e quella di Nizza del 2000⁵⁹⁵), di grande rilievo risulta la disposizione del nuovo art. 165 TFUE (ex art.149 TCE, come modificato dal Trattato di Lisbona), il quale – disciplinando insieme, nello stesso Titolo XII, il settore dello “sport” e “dell’istruzione”, e precisando che «...l’Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto ...della sua funzione sociale ed educativa...» - conferma, a livello di diritto comunitario primario, la funzione d’interesse generale svolta dall’attività sportiva.

Va poi rilevato che la libertà di associazione sportiva, quale diritto fondamentale ex art.18 Cost., deve essere intesa in un duplice senso. Essa infatti è, in primo luogo, il diritto fondamentale di ciascuno di formare o non formare, di aderire o non aderire ad associazioni sportive. Ma tale libertà comprende altresì il diritto del singolo (una volta divenuto membro) di ottenere che l’ente associativo di cui è parte agisca senza comprimere i suoi diritti fondamentali⁵⁹⁶. D’altronde, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁹⁷, la Costituzione (ed in particolare l’articolo 2, in questo caso, in combinato disposto con l’art.18 della Carta fondamentale), assieme alle libertà delle formazioni sociali, tutela anche i diritti inviolabili

⁵⁹⁴ Cfr. Dichiarazione n. 29 sullo sport allegata al Trattato di Amsterdam (1997), in cui si sottolinea «...la rilevanza sociale dello sport...» e si invitano gli organi dell’Unione Europea «...a prestare ascolto alle associazioni sportive...».

⁵⁹⁵ Cfr. Dichiarazione di Nizza del 2000 “*sulle caratteristiche specifiche dello sport e sulla sua funzione sociale*”, in cui si rinviene la specificità dello sport nelle sue «...funzioni sociali, educative e culturali».

⁵⁹⁶ In tal senso, cfr. M. BASILE, *L’intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 29e ss.; P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 43ess.

⁵⁹⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 14 luglio 1986, n.185; sentenza del 18 gennaio 1996, n.8

all'interno di quest'ultime e delle associazioni. Le considerazioni esposte comportano, in capo agli enti associativi sportivi (Federazioni, società, associazioni), una serie di obblighi volti alla tutela dei diritti fondamentali dello sportivo-membro. In primo luogo, gli enti sportivi hanno l'obbligo (imposto, tra l'altro, anche a livello comunitario) di reggersi sulla base di un funzionamento democratico e trasparente⁵⁹⁸, di fondarsi sul «volontariato»⁵⁹⁹, di prevedere meccanismi di solidarietà tra sport amatoriale e professionistico e di trasparenza ed equilibrio delle competizioni⁶⁰⁰. In secondo luogo – a conferma della prevalenza dei diritti fondamentali dell'atleta sugli scopi (*stricto sensu*) dell'ente sportivo di cui è membro – le società e le associazioni sportive hanno il divieto normativo (l.n.376/2000) di sollecitare i propri giocatori ad utilizzare sostanze dopanti dannose per la loro salute.

3.3 OSSERVAZIONI FINALI

Dalle questioni esaminate nei precedenti paragrafi emergono queste ulteriori riflessioni.

Dalla riconduzione del fenomeno sportivo agli artt. 2 e 18 Cost., è ragionevole prospettare l'esistenza di un diritto fondamentale idoneo a tutelare l'interesse allo sport in ogni sua sfaccettatura. Il riferimento all'art. 2 Cost. permette infatti di parlare di un diritto inviolabile a

⁵⁹⁸ Cfr .Dichiarazione di Nizza del 2000, cit., 7e ss.

⁵⁹⁹ Cfr. nuovo art.165 TFUE (ex art.149 TCE come modificato dal Trattato di Lisbona); Libro Bianco sullo sport, cit., punto 2.4

⁶⁰⁰ Cfr. Libro Bianco sullo sport, cit., punto 4.1

svolgere attività sportiva singolarmente o con una pluralità d'individui che – seppure non riuniti in associazioni stabili – praticano sport nell'ambito di formazioni sociali⁶⁰¹. Il riferimento all'art.18 Cost. consente, altresì, di ricomprendere, nell'alveo dei diritti fondamentali, il diritto a praticare sport nell'ambito di organizzazioni sociali strutturate.

Inoltre, ritenere che il diritto allo sport sia un diritto fondamentale costituzionalmente garantito ex artt.2 e18 Cost. consente di giustificare l'inaammissibilità d'intromissioni statali, in alcuni settori dell'ordinamento sportivo, senza che si debba ricorrere alla tesi che contrappone, all'ordinamento statale, l'idea di un ordinamento dello sport “speciale” (evitando, così, le molteplici problematiche che tale questione pone)⁶⁰². L'esclusione d'interventi statali in alcuni ambiti del mondo sportivo troverebbe infatti spiegazione nel generale principio d'intangibilità, da parte del potere pubblico, di settori (come lo sport) che costituiscono espressione di diritti fondamentali

⁶⁰¹ Sulla differenza, operata dalla dottrina, tra “associazione” ex art. 18 Cost. e “formazione sociale” ex art. 2 Cost., cfr.: P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 253e ss.; M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 583 e ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1060e ss.; A. PACE, *Art.18*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 194e ss..

⁶⁰² In tal senso vedi anche: L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, cit., 2e20. Secondo l'A., l'ordinamento sportivo non è altro che un *gruppo sociale organizzato* (in particolare, sostiene che «... può ammettersene ancora l'uso [del concetto di ordinamento sportivo], alla condizione però...che sia reso perfettamente innocuo. Il che equivale ad affermare che ordinamento sportivo significa semplicemente gruppo sociale organizzato; o anche che il fenomeno sportivo non gode di un regime speciale e privilegiato rispetto ad ogni altro fenomeno associativo»). Sicché, è concettualmente errato prospettarlo come ordinamento speciale (« ...nell' ordinamento sportivo non vi è o non vi può essere nulla di speciale...[poiché] la singolarità o le anomalie attribuite all'ordinamento sportivo non sono affatto tali, in quanto in parte possono essere riportate a principi e in parte vanno invece direttamente valutate come contrastanti con la normativa costituzionale o comunitaria»).

dell'individuo (quali, nella specie, il diritto inviolabile ex art. 2 Cost. di svolgere attività sportiva e la libertà di associazione sportiva ex art.18 Cost).

Infine, se si accoglie la tesi secondo cui la libertà di associazione sportiva costituisce una libertà fondamentale ex art. 18 Cost., sorgono dei dubbi circa la legittimità dell'attuale disciplina statale e sportiva, laddove si prevede, per il settore sportivo, una vera e propria gestione (a livello federale) “monopolistica”⁶⁰³. Tale tipo di gestione (che impone, ad esempio, alle società/associazioni – sia in ambito professionistico che dilettantistico – l'affiliazione alle Federazioni o il riconoscimento del CONI) – oltre ad essere potenzialmente in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di libera concorrenza⁶⁰⁴ – finisce per comprimere la libertà di associazione

⁶⁰³ Con riferimento alla normativa statale, cfr. ad esempio: art.10 legge 23 marzo 1981, n.91 (secondo cui la società «prima di procedere al deposito dell'atto costitutivo...deve ottenere l'affiliazione da una o più federazioni sportive nazionali riconosciute dal CONI»); art.7 legge 27 luglio 2004, n.186 (in base al quale, le associazioni dilettantistiche non possono godere di agevolazioni fiscali in assenza del riconoscimento a fini sportivi da parte del CONI; il quale, a sua volta, ha delegato tale potere alle Federazioni). Con riferimento alla normativa sportiva, cfr. ad esempio la Carta Olimpica (che impone ai vari Comitati Olimpici Nazionali di riconoscere, per ogni disciplina sportiva, un'unica Federazione nazionale).

⁶⁰⁴ In quanto vengono imposte delle restrizioni all'azione delle associazioni e delle società sportive, le quali sono ormai considerate, dalla giurisprudenza comunitaria, delle vere e proprie *imprese* soggette, quindi, alla disciplina della libera concorrenza. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 12 aprile 2005, *Simutenkov*, causa 265/03; sentenza del 18 luglio 2006, *Meca-Medina*, causa 519/04 (in cui il giudice comunitario precisa che «...la sola circostanza che una norma abbia un carattere puramente sportivo non sottrae dall'ambito di applicazione del Trattato la persona che esercita l'attività disciplinata da tale norma o l'organo che l'ha emanata», per cui «le restrizioni [alla libertà di concorrenza] ...devono [esclusivamente] limitarsi a quanto è necessario per assicurare il corretto svolgimento della competizione sportiva »). Sull'incidenza dirompente del diritto comunitario nell'ordinamento sportivo e sulla conseguente applicazione del diritto comunitario della concorrenza allo sport, cfr.: M. CLARICH, *La sentenza Bosnam: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1996, 615ss.; J. BATTISTA, in M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto*, Napoli, 2004, 72 e ss.; F.

sportiva intesa non soltanto in “positivo”(cioè come diritto di scegliere come e con chi associarsi), ma anche in “negativo”⁶⁰⁵(cioè come libertà di non associarsi), determinando una violazione del dettato costituzionale di cui all’art.18 Cost.

4. *SPORT E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE*

4.1 *CONSIDERAZIONI PRELIMINARI*

La questione relativa all’esistenza di un diritto allo sport ed alla sua possibile configurazione quale diritto fondamentale risulta ancor più rilevante con riferimento alla condizione dei giocatori stranieri

FRACCHIA, *Sport*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, 477 e ss..

⁶⁰⁵ Al riguardo, si ricorda come la Corte costituzionale abbia ritenuto che il precetto costituzionale contenuto nell’art.18 Cost. imponga di considerare la libertà di associazione nel suo aspetto non solo *positivo*, ma anche *negativo* (cioè la libertà di non associarsi); ciò, soprattutto, se si tiene conto del passato regime totalitario fascista che aveva mirato ad inquadrare i fenomeni associativi nell’ambito di strutture (ad adesione “obbligatoria”) controllate dallo Stato. Tuttavia, precisa il Giudice delle leggi, la libertà di associazione “negativa” non trova una tutela parallela a quella prevista per la libertà di associazione “positiva”, in quanto la prima può subire limitazioni che vanno al di là dei limiti tassativamente indicati dall’art.18 Cost. (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 26 giugno 1962, n.69; sentenza del 15 maggio 1963, n.71; sentenza del 10 luglio 1973; n.120; sentenza del 5 febbraio 1975, n.20). Di contro, parte della dottrina ha fortemente criticato la genericità dei casi – ammessi dalla Corte costituzionale – in cui la libertà di associazione “negativa” può essere sacrificata. E ciò, in quanto tale libertà non sarebbe altro che il riflesso (e pertanto totalmente equiparabile) della libertà di associazione “positiva”; per cui limitarla significherebbe comprimere il diritto costituzionalmente garantito, del singolo, di decidere se appartenere o meno ad un’associazione (cfr. *ex multis*: P. RIDOLA, *Ancora in tema di libertà negativa di associazione*, in *Giur. cost.*, 1982, 335 e ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, cit., 754ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 353e ss.). A quanto detto si aggiunga, comunque, che, nel 1962, la Consulta ha escluso l’applicazione della libertà di associazione “negativa” in materia di sport agonistico (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 26 giugno 1962, n.69). Ad ogni modo, per un esame degli ulteriori rilevanti profili relativi alla libertà di associazione “negativa”, cfr. *ex multis*: U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, cit., 490,491.

extracomunitari (e, *a fortiori*, comunitari) che svolgono attività sportiva in Italia. In particolare, si pone la necessità di stabilire se le limitazioni, al tesseramento ed all'utilizzo di tali atleti, imposte dalle Federazioni "autonomamente" (cioè senza il supporto di una normativa statale ed indipendentemente dai criteri indicati dal CONI) siano legittime o, viceversa, costituiscano una violazione del *principio di non discriminazione* : inteso come *diritto fondamentale dell'atleta straniero di praticare sport nel nostro paese in condizione di totale parità con i cittadini italiani*.

La principale normativa statale di riferimento è il d.lgs. n.286/1998⁶⁰⁶ (T.U. in materia di immigrazione e condizione dello straniero) che riconosce appunto, quale nucleo essenziale della disciplina, il principio di non discriminazione⁶⁰⁷. Di particolare rilievo sono, soprattutto, gli artt. 2 (che riconosce allo straniero comunque presente sul territorio nazionale «...i diritti fondamentali della persona umana...»⁶⁰⁸), 43 (che indica cosa va inteso per «discriminazione» ai danni di uno straniero⁶⁰⁹) e l'art. 44 (che prevede una speciale azione

⁶⁰⁶ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 ("*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*"), in G.U.18.08.1998.

⁶⁰⁷ In dottrina, sul punto cfr.: D. MEMMO, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero: prime riflessioni sui diritti civili della persona tra normative speciali e l.6 marzo 1998 n.40*, in *Contratto e impresa*, 1998, 943 e ss.; G. D'AURIA, *L'immigrazione e l'emigrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, I, Milano, 2000, 775e ss.; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 158ess.

⁶⁰⁸ Tale disposizione recepisce, a livello normativo, l'orientamento - già affermato dalla giurisprudenza costituzionale - secondo cui la titolarità dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. va riconosciuta a tutti gli esseri umani, senza tenere conto della cittadinanza. Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 24 febbraio 1994, n.62 (secondo cui «...quando si tratta di diritti inviolabili il principio di uguaglianza vale anche per lo straniero...»).

⁶⁰⁹ In particolare, l'art.43 d.lgs. n. 286/1998 precisa che «... costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine

civile, particolarmente rapida, che lo straniero può esperire al fine di reagire ad una discriminazione subita).

Nonostante tali previsioni normative, tuttavia, la giurisprudenza sul punto ha, negli anni, assunto posizioni eterogenee e contrastanti: un primo orientamento si è mostrato, tendenzialmente, favorevole a ritenere illegittime le limitazioni federali di giocatori stranieri basate sulla nazionalità; per converso, altra giurisprudenza ha considerato non lesive del principio di non discriminazione alcune restrizioni imposte dalle Federazioni ed unicamente basate sul criterio della cittadinanza.

4.2. ANALISI DI TALUNI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SUL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE DELL'ATLETA STRANIERO

4.2.1. (SEGUE)...A FAVORE DI UN' APPLICAZIONE AMPIA DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

Parte della giurisprudenza - nazionale, comunitaria e persino sportiva – è risultata, negli anni, consolidata nell' affermare l'illegittimità, per violazione del principio di non discriminazione, delle limitazioni al tesseramento o all'utilizzo dei giocatori, imposte “autonomamente” dalle Federazioni, basate soltanto sulla nazionalità dell'atleta. Già nel 1974, ad esempio, la Corte di giustizia con la famosa sentenza

nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica. ».

*Walrave - Koch*⁶¹⁰ – dopo aver precisato che lo sport rileva per il diritto comunitario solo in quanto attività economica – afferma il principio secondo cui ogni qual volta l'attività sportiva, indipendentemente dalla qualificazione fatta dalla Federazione, può essere considerata attività lavorativa (in quanto l'atleta svolge un lavoro subordinato o, comunque, effettua servizi), rientra comunque nell'ambito di applicazione delle norme del Trattato; le quali vietano, fra l'altro, qualunque discriminazione basata sulla nazionalità che possa impedire l'esercizio dell'attività in commento. Sostanzialmente – precisa il giudice comunitario – il principio di non discriminazione va sempre applicato con riferimento a qualunque attività economicamente rilevante (anche sportiva)⁶¹¹. E sempre in tale ottica va letta l'ordinanza con cui il Tribunale di Reggio Emilia⁶¹², nel 2000,

⁶¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 1974, *B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch c. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federacion Espanola Ciclismo*, causa 36/74. In tale procedimento, la Corte è stata chiamata a verificare se il regolamento della *Union Cycliste Internationale* (che imponeva agli allenatori di possedere la stessa nazionalità dei ciclisti) avesse costituito una violazione del diritto comunitario, ai danni, nel caso di specie, di due allenatori olandesi di corse ciclistiche di mezzofondo (*Walrave e Koch*).

⁶¹¹ Va, però, notato (trattandosi di una fase, del processo d'integrazione europea, in cui il giudice comunitario non si era ancora totalmente aperto alla tutela dei diritti fondamentali) come nella sentenza *Walrave- Koch* del 1974 la Corte di giustizia – pur avvertendo l'esigenza di evitare che il diritto dello sportivo (di esercitare la propria attività) venisse compresso per ragioni di nazionalità – abbia dato rilievo al principio di non discriminazione soltanto con riferimento a quella attività sportiva qualificabile come attività economica.

⁶¹² Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 2 novembre 2000, *Ekong c. Federazione italiana giuoco calcio e altri*. Con tale ordinanza, il Tribunale si è pronunciato sul ricorso (depositato il 27 settembre 2000) proposto, ex art. 44 d.lgs. n. 286/1998, dal calciatore nigeriano *Prince Ikpe Ekong* nei confronti della FIGC; in quanto, quest'ultima – sebbene il calciatore avesse già stipulato un contratto di lavoro subordinato con la Reggiana s.p.a. – ha negato il tesseramento del ricorrente, in applicazione dell'art. 40 NOIF (che non consente, per le società di serie C, il tesseramento di giocatori extracomunitari). Con riferimento alla decisione *de qua* ed, altresì, all'ordinanza (che ha statuito su di un caso, per molti versi, analogo) pronunciata dal Tribunale di Teramo, il 30 marzo 2001 (v.*infra*), cfr.: F. AGNINO, *Statuti sportivi*

ha dichiarato l'illegittimità, ai sensi degli artt. 43 e 44 d.lgs. n.286/1998, del provvedimento con cui la FIGC , in applicazione dell'art.40, co.7 NOIF (che non consente alle società di calcio di serie C il tesseramento di giocatori extracomunitari), ha rigettato la richiesta di tesseramento di un calciatore nigeriano avanzata dalla società sportiva (nella specie la Reggiana s.p.a.). E ciò – precisa il Tribunale – perché tale diniego avrebbe compromesso «...l'esercizio di una libertà fondamentale... » dell'atleta straniero consistente nel «...diritto di esercitare l'attività di calciatore in Italia...[in condizione di parità con i cittadini italiani]», comportando pertanto una palese violazione del principio di non discriminazione che trova espresso riconoscimento normativo nazionale (artt. 2 e 43 d.lgs. n.286/1998) ed internazionale (si pensi, ad esempio, alla Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ratificata con l.n.654/1975)⁶¹³. Ed ancora nel 2001 il Tribunale di Teramo⁶¹⁴ ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 43 d.lgs.

discriminatori ed attività sportiva: quale futuro?, in *Il Foro italiano*, 2002, fasc.3, 897-903.

⁶¹³ Sulla base di tale considerazione, il Tribunale di Reggio Emilia – dopo aver dichiarato il diniego di tesseramento, disposto dalla FIGC, discriminatorio (evidenziando che «...tale discriminazione ha avuto l'effetto di compromettere l'esercizio di una «libertà fondamentale in campo economico» e, più in particolare, del diritto di esercitare l'attività di calciatore in Italia [e pertanto è in palese violazione del principio di non discriminazione che trova fondamento] nell'art.43 d.leg.286/1998 ...e (anche) nella Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale ratificata... con l. del 1°ottobre 1975, n. 654 ») -precisa che « [poiché] il mancato tesseramento del ricorrente trova esclusivo fondamento nell'...art.40,7°comma, NOIF...occorre dichiarare in via incidentale l'illegittimità di tale norma per contrasto con il disposto di cui all'art.43 d. leg. n. 286/1998 » .

⁶¹⁴ Cfr. Tribunale di Teramo, ordinanza del 30 marzo 2001, *Sheppard c. Federazione italiana pallacanestro e altri*. Con tale decisione il Tribunale si è pronunciato sul ricorso, proposto ex artt. 43 e 44 d. leg. n. 286/1998 (in data 16 febbraio 2001), con cui il giocatore di pallacanestro americano *Sheppard* ha richiesto la cessazione del comportamento discriminatorio posto in essere, nei suoi confronti, dalla Fip. Comportamento discriminatorio che sarebbe stato integrato dalla delibera (la n.26 del 9

n.286/1998, di una delibera della Fip che, pur consentendo il tesseramento di un giocatore americano quale “terzo membro extracomunitario” della squadra, vietava a quest’ultima di schierare in campo contemporaneamente più di due giocatori non cittadini italiani o europei. Ribadisce, infatti, il Tribunale che la delibera impugnata viola palesemente il principio di non discriminazione poiché è «...tendente ad attuare un comportamento discriminatorio nei confronti [dell’atleta straniero], pregiudizievole del suo diritto [fondamentale] a svolgere attività sportiva in Italia in condizione di parità»⁶¹⁵. Allo stesso modo il giudice amministrativo, nel 2003⁶¹⁶, ha annullato l’art.6, punto 4 del provvedimento⁶¹⁷ del CONI di riconoscimento condizionato dello statuto UISP (nella parte in cui richiedeva, come condizione per accedere alle cariche statutarie UISP, la cittadinanza italiana), in quanto lo ha ritenuto in evidente contrasto con il principio di non discriminazione dello straniero in ambito sportivo che, nella specie, si configura quale «...diritto di partecipare alla vita associativa [sportiva]...senza limitazioni di cittadinanza». Principio di non discriminazione dello straniero (in ambito sportivo) che – evidenzia il TAR – trova conferma nella normativa statale (artt.

dicembre 2000) con cui il Consiglio di presidenza della federazione, pur consentendo il tesseramento del giocatore quale terzo atleta extracomunitario, aveva stabilito che la squadra potesse schierare, contemporaneamente, un numero di giocatori extracomunitari non superiore a due.

⁶¹⁵ In quanto, precisa il Tribunale di Teramo, «...il ricorrente, se fosse applicato quanto stabilito dalla federazione, potrebbe trovarsi in qualsiasi momento a vedere frustrate le proprie potenzialità atletiche e sportive semplicemente a causa della sua condizione di extracomunitario. Difatti, la scelta in ordine ai giocatori da schierare in campo nelle varie partite non verrebbe più ad essere operata secondo oggettive valutazioni di capacità tecnica, tattica e professionale che ogni singolo potrebbe apportare alla specifica gara, ma sarebbe irrimediabilmente condizionata dalla nazionalità dello sportivo che nulla ha a che vedere con l’abilità dello stesso...».

⁶¹⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, sentenza del 4 novembre 2003, n.9429.

⁶¹⁷ Cfr. Deliberazione 23 luglio 2002, n.537 della Giunta Nazionale del CONI.

2 e 43 d.lgs n.286/1998) e sportiva (Carta Olimpica), anche in considerazione dell'assenza di una norma dello Stato che escluda «...che i cittadini stranieri possano partecipare ad attività [sportiva] presso società nazionali...⁶¹⁸».

Un'ulteriore dimostrazione del quadro giurisprudenziale sin qui delineato è stata offerta da una recente ordinanza del Tribunale di Bolzano⁶¹⁹. Tale decisione, in particolare, ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento con cui la Lega Professionisti di Serie C (in attuazione di una comunicazione della FIGC) ha rigettato la richiesta, avanzata da una società sportiva, di tesseramento di un giocatore marocchino minorenni quale “giovane di serie”. Il giudice, in particolare, ha valutato il diniego di tesseramento quale condotta palesemente discriminatoria (quindi in violazione dell'art.43 d.lgs. n. 286/1998) poiché «...ha comportato indirettamente un'esclusione [dell'atleta] basata sull'origine nazionale» e, precludendo al giocatore straniero lo svolgimento dell'attività sportiva solo per ragioni di nazionalità, «...ha [evidentemente] avuto l'effetto di compromettere l'esercizio di una libertà fondamentale...». Né – ha rilevato il Tribunale – una condotta discriminatoria nei confronti di un atleta straniero può trovare giustificazione nella specialità ed autonomia delle regole dell'ordinamento sportivo; posto che quest'ultimo «...non può derogare i fondamentali principi di ordine pubblico internazionale desumibili dalla Costituzione e dagli accordi internazionali in materia di libertà, uguaglianza e rispetto delle origini nazionali...» (tra i quali

⁶¹⁸ Sull'assenza di una “legge o atto avente forza di legge” che escluda la partecipazione dello straniero ad attività sportive presso società nazionali, cfr. anche (seppur implicitamente): Corte costituzionale, ordinanza del 30 luglio 1984, n.244.

⁶¹⁹ Cfr. Tribunale di Bolzano, Sez. I civ., ordinanza del 26 gennaio 2006.

vi rientra, certamente, il divieto di discriminazioni per motivi razziali o di nazionalità).

Peraltro, il *trand* di dare massima applicazione, in ambito sportivo, al principio di non discriminazione (più volte dimostrato, come si è visto, dal giudice ordinario ed amministrativo) trova oggi accoglimento anche in sede di giustizia sportiva. Emblematica, in tal senso, è la decisione⁶²⁰ pronunciata il 4 maggio 2001 dalla Corte Federale della FIGC (che, ai sensi dell'art.32, co.1 dello statuto FIGC, costituisce oggi l'autorità di massima garanzia all'interno dell'ordinamento di tale Federazione). Con tale pronuncia la Corte ha deliberato su una serie di ricorsi proposti da alcuni calciatori extracomunitari di serie A, unitamente alle società di appartenenza, con cui veniva richiesto l'annullamento dell'art.40, co.7 NOIF (in quanto lesivo del principio di non discriminazione), laddove veniva imposto alle società il limite massimo di cinque giocatori

⁶²⁰ Cfr. Corte Federale della Federazione Italiana Giuoco Calcio, decisione del 4 maggio 2001 (pres. Manzella, ric. Salas ed altri), con nota di G. NAPOLITANO, *La condizione giuridica degli stranieri extracomunitari nell'ordinamento sportivo: divieto di discriminazione e funzione di programmazione del CONI*, in *Il Foro italiano*, 2001, fasc.11, 530-541. Sul punto, cfr. altresì: E. CALO', *Giurisdizione sportiva: l'equiparazione tra cittadini stranieri approda anche nel mondo del calcio*, in *Corriere giuridico*, n.6/2001, 820 e ss.. Con tale decisione la Corte Federale ha statuito in ordine ad una serie di ricorsi - proposti ex art. 32, co. 5 dello statuto della FIGC, a partire dal 4 aprile 2001, da alcune società di serie A (tra cui, Milan, Lazio, Vicenza, Internazionale Milano s.p.a.), unitamente ad alcuni giocatori stranieri (tra i più noti, Serginho, Boban, Dida, etc.) - con cui veniva impugnato l'art.40, co.7 NOIF, nella parte in cui si imponeva alle società il limite massimo di cinque giocatori extracomunitari tesserabili e l'ulteriore limite di tre giocatori extracomunitari (tra quelli tesserati) schierabili nelle gare ufficiali in ambito nazionale. In particolare, i ricorrenti deducevano la natura discriminatoria della norma impugnata, in quanto limitava, per mere ragioni di nazionalità, il diritto dei lavoratori extracomunitari di ottenere il tesseramento (quali calciatori professionisti) in condizione di parità rispetto ai calciatori italiani, e limitava, altresì, il loro impiego in gara. Tale norma dunque - secondo i ricorrenti - costituiva una violazione dei loro diritti personali ed associativi fondamentali e, pertanto, doveva essere annullata ex art. 32, co.6 dello statuto FIGC.

extracomunitari tesserabili e l'ulteriore limite di tre giocatori extracomunitari (tra quelli tesserati) schierabili nelle gare ufficiali in ambito nazionale. Orbene, la Corte Federale – pur riconoscendo la temporanea e provvisoria efficacia⁶²¹ della norma impugnata nella parte in cui fissa un limite al tesseramento degli atleti stranieri – ha dichiarato l'illegittimità, per violazione del principio di non discriminazione, dell'art. 40, co.7 NOIF, laddove si impone di schierare in campo non più di tre giocatori extracomunitari. Principio di non discriminazione, precisa la Corte, che - oltre a garantire il diritto del calciatore straniero di svolgere la propria attività sportiva (coincidente fra l'altro, nel caso in esame, con l'attività lavorativa) senza subire discriminazioni dovute alla cittadinanza - trova espresso fondamento normativo negli artt. 2 (che riconosce allo straniero presente nel territorio italiano la titolarità dei diritti fondamentali dell'uomo nonché, laddove soggiorni regolarmente in Italia, dei diritti civili del cittadino italiano) e 43, co. 2⁶²² del d.lgs. n.286/1998. Inoltre, il diritto (fondamentale) dello straniero di praticare sport in Italia in condizione di totale parità trova un'implicita conferma normativa nell'art. 27, co.1 lett.p) d.lgs. n.286/1998 in combinato disposto con gli artt. 3 e 40 del regolamento di attuazione d.p.r. n. 394/99. Tali

⁶²¹ Più precisamente, la Corte Federale ha statuito che le disposizioni dell'art.40, co.7 NOIF della FIGC, che pongono limiti al tesseramento dei cittadini di paesi non appartenenti all'Unione Europea, avranno efficacia fino a quando il CONI non avrà formulato i propri indirizzi e criteri relativi alla dichiarazione di assenso al lavoro dei calciatori extracomunitari.

⁶²² Secondo cui « In ogni caso compie un atto di discriminazione : ...chiunque illegittimamente imponga condizioni piu' svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità»

norme infatti - palesando che il legislatore statale vede con maggior favore l'ingresso di stranieri giustificato da motivi di sport - prevedono una procedura "più agevole" (rispetto a quella prevista per gli altri stranieri) per l'accesso, nel territorio italiano, di sportivi extracomunitari⁶²³.

In sintesi, il principio affermato dalla Corte Federale è quello per cui qualunque limitazione allo schieramento di giocatori extracomunitari, basate su mere ragioni di nazionalità, costituisce un'illegittima compressione dei diritti fondamentali civili (in materia di sport); diritti, quest'ultimi, che la normativa statale riconosce e tutela anche agli atleti stranieri.

La ricordata decisione della Corte Federale risulta assai perspicua, nell'economia del presente lavoro, per due ulteriori ragioni.

Anzitutto essa rappresenta per la giustizia sportiva, in materia di diritti fondamentali⁶²⁴, un *momento di svolta*, in quanto costituisce la prima applicazione dell'art.32, co.5 del nuovo statuto della FIGC⁶²⁵ in base al quale «...ogni tesserato od affiliato alla FIGC può ricorrere alla corte federale per la tutela dei diritti fondamentali personali o

⁶²³ Al riguardo, si ricorda quanto segue. L'art. 27, co.1 lett.p) d.lgs. n.286/1998 indica, tra i "casi particolari" d'ingresso di lavoratori extracomunitari, gli «...stranieri che siano destinati a svolgere qualsiasi tipo di attività sportiva professionistica presso società sportive italiane ai sensi della legge 23 marzo 1981, n. 91». L'art.3 d.p.r. n. 394/99, prevede che in questi casi particolari «...l'autorizzazione al lavoro è rilasciata *al di fuori* delle quote stabilite con il decreto di cui all'art.3.4° comma d.lgs. 286/1998...»; mentre l'art.40, co.14 d.p.r. 394/99, prevede che, per gli sportivi professionisti extracomunitari, «...l'autorizzazione al lavoro è sostituita dalla dichiarazione di assenso del Comitato Olimpico Nazionale...».

⁶²⁴ Sulla recente attribuzione, all'Alta Corte di giustizia sportiva, della funzione di tutela dei diritti indisponibili, cfr.M. IMMORDINO, *L'attribuzione alla cognizione dell' Alta Corte di Giustizia sportiva dei diritti indisponibili: verso una rivitalizzazione dell'ordinamento sportivo?* In *Nuove Autonomie*, n.2/2010, 299ess.

⁶²⁵ Il nuovo statuto della FIGC è stato approvato dall' assemblea straordinaria del 14 ottobre 2000.

associativi che non trovino altri strumenti di garanzia nell'ordinamento federale »⁶²⁶. Ciò rileva sotto un duplice profilo.

In primo luogo, costituisce ulteriore riprova che il diritto dell'atleta straniero di praticare sport nel nostro Paese, senza subire discriminazioni dovute alla nazionalità, è qualificabile quale diritto fondamentale⁶²⁷. In secondo luogo, trattandosi di diritti fondamentali, la Corte Federale - al fine di dare coerenza all'ordinamento sportivo (che, fermo restando il principio di autonomia, non può contrastare con disposizioni inderogabili dell'ordinamento statale) - è legittimata a verificare la conformità delle regole sportive impugnate alla luce non solo delle regole statutarie della Federazione ma anche con riferimento alla normativa statale vigente⁶²⁸.

⁶²⁶ Certa dottrina ritiene che l'art.32, co.5 del nuovo statuto della FIGC costituisca la conferma che la Corte Federale è, oggi, configurabile quale *giudice costituzionale* dell'ordinamento sportivo calcio. Cfr. G. NAPOLITANO, *La condizione giuridica degli stranieri extracomunitari nell'ordinamento sportivo: divieto di discriminazione e funzione di programmazione del CONI*, cit., 531 (secondo l'A. «...la corte assume le funzioni di vero e proprio giudice costituzionale dell'ordinamento sportivo calcio, ...infatti ad essa sono assegnate le funzioni tipiche degli organi di giustizia costituzionale negli ordinamenti statali contemporanei. La prima è la funzione di giudice nelle eccezioni di legittimità e nei conflitti di attribuzione in relazione a qualsiasi norma, atto o fatto posto in essere da uno dei poteri (cioè, le leghe delle società sportive, le associazioni rappresentative degli atleti...) di cui si compone l'ordinamento...La seconda funzione tipica di alcuni organi di garanzia costituzionale...è al tutela dei diritti fondamentali dei soggetti dell'ordinamento»).

⁶²⁷ Cfr. Corte Federale della FIGC, decisione del 4 maggio 2001 cit., laddove si precisa che «...deve, innanzi tutto, essere affermata la legittimazione sia dei calciatori che delle società [ricorrenti]. L'art. 32, 5° comma dello statuto consente infatti sia ai tesserati ...che agli affiliati di ricorrere alla corte federale per la tutela dei propri diritti fondamentali, personali ed associativi. Nel caso in esame le posizioni giuridiche fatte valere riguardano all'evidenza diritti fondamentali sia dei tesserati che degli associativi... ».

⁶²⁸ Cfr. Corte Federale della FIGC, decisione del 4 maggio 2001 cit., nella parte in cui si afferma che «...deve, innanzi tutto, essere precisato che tutti i ricorsi sopra richiamati...sono stati proposti ai sensi dell'art. 32, 5° comma dello statuto della Figc...e, a tal fine, viene invocato il potere della...corte di annullare le norme adottate in violazione dello statuto...o comunque di norme di legge. Come infatti risulta evidente ...la questione di legittimità delle norme federali, rientrando nella cognizione della corte, può porsi o in relazioni alle disposizioni del medesimo statuto della Figc, ovvero con

Ed infine, la pronunzia della Corte Federale dimostra come anche la giustizia sportiva (persino in una materia delicata quale la protezione dei diritti fondamentali) possa fornire una tutela altrettanto idonea e, forse, più tempestiva della giustizia statale. Tale decisione infatti (proprio perché emessa da un organo di giustizia interno all'ordinamento sportivo) ha prodotto effetti immediati, determinando la repentina rimozione del limite allo schieramento degli atleti stranieri e l'espunzione, dall'ordinamento sportivo, della norma impugnata (a differenza delle pronunce del giudice ordinario⁶²⁹ che, in casi analoghi, hanno potuto dichiarare l'illegittimità della regola sportiva lesiva solo in via incidentale)⁶³⁰.

riferimento alla legislazione vigente, in modo da assicurare la coerenza dell'ordinamento sportivo, pur dotato della sua autonomia e della sua specificità, con le inderogabili disposizioni poste dall'ordinamento generale...».

⁶²⁹ Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 2 novembre 2000, cit. (laddove si afferma che « [poiché] il mancato tesseramento del ricorrente trova esclusivo fondamento nell'...art.40,7°comma, NOIF...occorre dichiarare in via incidentale l'illegittimità di tale norma per contrasto con il disposto di cui all'art.43 d.leg. 286/1998 »).

⁶³⁰ Parte della dottrina ha, al riguardo, evidenziato che sembrano esserci i presupposti affinché s'inverta quella tendenza per la quale, ai fini di ottenere tutela (soprattutto, in materia di diritti fondamentali) in ambito sportivo, si preferisce adire il giudice statale, anziché quello sportivo, ritenendolo più idoneo a tale compito. Cfr. G. NAPOLITANO, *La condizione giuridica degli stranieri extracomunitari nell'ordinamento sportivo: divieto di discriminazione e funzione di programmazione del CONI*, cit., 541 (l'A. in particolare sostiene che «...si pongono in questo modo le premesse per invertire la tendenza a chiedere protezione contro gli organi dell'ordinamento sportivo alla giurisdizione statale, nel presupposto che la giustizia interna non sia idonea a dispensarla...»). Sul punto, si ricorda, inoltre, come la dottrina - in risposta ad un sempre maggiore intervento del giudice ordinario in materia sportiva - abbia messo in luce gli aspetti positivi di un ricorso alla giustizia sportiva quale sistema di risoluzione delle controversie interne, cfr.: G. GUARINO, *Lo sport quale « formazione sociale » di carattere sovranazionale*, cit., 354 e ss.; M. COCCIA, *Fenomenologia della controversia sportiva e dei suoi metodi di risoluzione*, in *Riv. dir. spor.*, 1997, 607 e ss.

4.2.2. (SEGUE)...A FAVORE DI UN' APPLICAZIONE LIMITATA DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

Un diverso orientamento giurisprudenziale, assumendo una posizione radicalmente diversa, ha ammesso un'applicazione più circoscritta, in ambito sportivo, del principio di non discriminazione. Emblematica, a tal proposito, è l'ordinanza del 14 dicembre 2001, con cui il Tribunale di Pescara⁶³¹ (rigettando un ricorso proposto ex art.44 d.lgs. n.286/1998) ha ritenuto non lesivo del principio di non discriminazione (ex art.43 d.lgs. n.286/1998) il provvedimento con cui la Fin - in applicazione del regolamento interno (che limitava a tre, per ciascuna squadra di pallanuoto, il numero di giocatori non italiani tesserabili) - ha rifiutato il tesseramento di un giocatore di pallanuoto spagnolo di fama mondiale. Tale pronunzia si fonda sul seguente ragionamento. Il giudice, in particolare, parte dal presupposto secondo cui la tutela offerta dalla normativa di cui al d.lgs. n.286/1998 riguarderebbe esclusivamente comportamenti discriminatori che abbiano l'effetto di comprimere diritti umani e libertà fondamentali dello straniero. Ciò posto, il Tribunale di Pescara - al fine di verificare

⁶³¹ Cfr. Tribunale di Pescara, ordinanza del 14 dicembre 2001, *Federazione Italiana Nuoto c. G. Hernandez Paz*, con nota di E. CALO', *Sport e diritti fondamentali*, in *Corriere giuridico*, cit., 223 e ss.. Sul punto, cfr. altresì: F. AGNINO, *Statuti sportivi discriminatori ed attività sportiva: quale futuro?*, cit., 897e ss.. Tale pronunzia rappresenta l'esito della seguente vicenda. Il giocatore di pallanuoto spagnolo *Hernandez Paz* ha richiesto alla Fin (Federazione Italiana Nuoto) il tesseramento, al fine di partecipare al campionato italiano "non professionistico" di pallanuoto. In seguito a detta richiesta, la Fin ha rifiutato il tesseramento sulla base del regolamento federale che vietava, a ciascuna squadra, di tesserare più di tre giocatori non italiani. Per tale ragione, in data 3 ottobre 2001, il giocatore spagnolo ha proposto al Tribunale di Pescara ricorso ex artt.43 e 44 d.lgs. n. 286/1998, ottenendo, in data 18 ottobre 2001, un provvedimento di urgenza di accoglimento della propria domanda. Il citato provvedimento è stato impugnato dalla Fin, con reclamo del 31 ottobre 2001. Il 14 dicembre 2001, il Tribunale di Pescara, con l'ordinanza in commento, ha accolto il reclamo ed ha revocato il primo provvedimento, ritenendo il diniego di tesseramento non discriminatorio ex art.43 d.lgs.286/1998.

se una limitazione (quale il diniego di tesseramento della Fin) al diritto dello straniero di praticare attività sportiva possa costituire una lesione di un diritto fondamentale dell'uomo - opera (in modo, per la verità, un po' apodittico) una distinzione. Come principio generale, precisa il giudice, il diritto allo sport (inteso come diritto a svolgere una pratica sportiva per fini ludico-ricreativi) «..non forma oggetto di alcuna delle libertà fondamentali.. perché né l'art.2 Cost. né ulteriori fonti normative di diritto internazionale ..annoverano l'interesse a far pratica sportiva e ad impiegare in tal modo il proprio tempo libero tra le libertà fondamentali dell'individuo...». Sicché, il diritto a praticare sport assurge a diritto inviolabile (tutelabile, quindi, ex art.43 d.lgs.286/1998) solo ove sia espressione di altri diritti fondamentali connessi, quali ad esempio: il diritto al lavoro (nel caso degli sportivi professionisti) o «il diritto di spostarsi all'interno del territorio nazionale per esercitare la propria pratica sportiva» (quale espressione della fondamentale libertà di circolazione). Sulla base di tali considerazioni dunque, il Tribunale – ritenendo che il diritto del giocatore spagnolo di svolgere attività sportiva non costituisse di per sé un diritto fondamentale, né, tantomeno, fosse qualificabile quale diritto al lavoro (in quanto l'art.5 dello statuto Fin precisa che il campionato di pallanuoto non è organizzato su base professionistica) – ha escluso che il diniego di tesseramento, disposto dalla Fin, abbia rappresentato un comportamento discriminatorio censurabile ex art.43 d.lgs n. 286/1998.

Il suesposto orientamento, per la verità, appare poco convincente.

Infatti, pur ammettendo (e non pare che ci siano i presupposti per farlo) l'irrilevanza giuridica dell'interesse a praticare sport, va osservato che un provvedimento limitativo della possibilità di un atleta straniero (specie se cittadino europeo) di svolgere attività sportiva in un altro paese, giustificato soltanto da ragioni di nazionalità, costituisce di per sé una violazione di un diritto fondamentale dell'uomo: il diritto inviolabile a non subire discriminazioni per ragioni di razza, etnia, origine nazionale⁶³² (anche in ambito sportivo). *Diritto a non essere discriminati* che trova espresso riconoscimento in ambito internazionale⁶³³, nazionale⁶³⁴ e comunitario (con riferimento, ovviamente, ai cittadini di uno Stato membro dell'Unione). A livello europeo infatti il diritto *de quo* – oltre a rappresentare un corollario diretto⁶³⁵ della cittadinanza europea e della libertà di circolazione e di stabilimento - è stato recepito dai Trattati (si pensi, all'ex art.13 TCE⁶³⁶ ed al nuovo art.165 TFUE⁶³⁷) ed

⁶³² In tal senso, cfr. altresì: E. CALO', *Sport e diritti fondamentali*, in *Corriere giuridico*, cit., 227,228; F. AGNINO, *Statuti sportivi discriminatori ed attività sportiva: quale futuro?*, cit., 900 (secondo cui «...una discriminazione dovuta a ragioni di razza, etnia, colore, credo religioso viola per definizione il diritto umano a non essere discriminato per queste ragioni: non è dunque possibile una discriminazione così configurata che non leda almeno questo diritto fondamentale... »).

⁶³³ Cfr., fra le altre: Convenzione internazionale di New York del 16 dicembre 1996; Convenzione della Organizzazione Internazionale del Lavoro del 24 giugno 1975 (ratificata con l.10 aprile 1981, n.158); Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ratificata con l. del 1°ottobre 1975, n. 654.

⁶³⁴ Cfr. D.lgs. n. 286/1998.

⁶³⁵ In tal senso, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 novembre 1997, *Commissione c. Grecia*, causa 62/96.

⁶³⁶ Il quale prevede la possibilità, da parte delle Istituzioni comunitarie, di adottare «...provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione... »

⁶³⁷ Il nuovo art.165 TFUE (ex art.149 TCE, come modificato dal Trattato di Lisbona) ribadisce, seppur implicitamente, il diritto a non subire discriminazioni, prevedendo, proprio con riferimento allo sport, che «...l'azione dell'Unione è intesa...sviluppare la

oggi assurge, ai sensi dell'art.21 della Carta di Nizza (che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquistato valore giuridico cogente⁶³⁸), a vero e proprio diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario.

Ma ciò che rileva maggiormente è che il diritto a non subire discriminazioni costituisce un caposaldo della stessa normativa, statale e sportiva, che disciplina il mondo dello sport. L'art. 16, co.1 d.leg. n. 242/1999 (in materia di riordino del CONI) ad esempio, riconoscendo implicitamente il principio di non discriminazione, prospetta lo sport quale strumento per realizzare una piena interazione tra gli uomini «in condizioni di [totale] parità» (senza, quindi, distinzione di razza o di nazionalità)⁶³⁹. Così come, sempre in tal senso, l'art. 2 co. 4 dello statuto del CONI attribuisce a quest'ultimo la funzione di indicare «...i principi per la lotta dello sport contro l'esclusione, le disuguaglianze, il razzismo, la xenofobia e ogni forma di violenza...», mentre, ad esempio, l'art.2 co.5 dello statuto della FIGC affida alla

dimensione europea dello sport, promuovendo *l'imparzialità e l'apertura nelle competizioni sportive...* ».

⁶³⁸ Come è noto, l'art. 1 del Trattato di Lisbona (recante modifiche al Trattato sull'Unione europea) sostituisce l'art. 6 TUE con un nuovo articolo che, al primo paragrafo, recita: « L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati ». Per un'analisi delle conseguenze più rilevanti che tale disposizione produrrà nel sistema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali, e per l'esame di alcune ambiguità della nuova disciplina prevista, in materia, dal Trattato di Lisbona, cfr. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, cit.221e ss.; T. PENSABENE LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, cit., 381-403.

⁶³⁹ Cfr. art. 16, co.1 Decreto Legislativo, 23 luglio 1999, n.242 (in materia di *Riordino del CONI*), secondo cui « Le federazioni sportive nazionali e le Discipline Sportive Associate sono rette da norme statutarie e regolamentari sulla base del principio di *...partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizione di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale*».

Federazione il compito di promuovere «...l'esclusione dal gioco calcio di ogni forma di discriminazione sociale, di razzismo, di xenofobia e di violenza ».

Un'ulteriore considerazione. La circostanza che un provvedimento federale impedisca ad un atleta straniero di praticare, nel nostro paese, sport “non professionistico” non è sufficiente ad escludere una lesione, ai danni dello sportivo, del suo diritto fondamentale al lavoro. L'attività di un atleta di alto livello infatti, anche se si realizza nell'ambito di un campionato definito “non professionistico” dalla Federazione di appartenenza, può spesso essere equiparata a quella di uno sportivo professionista (e quindi ad una attività lavorativa), specie se il giocatore (come frequentemente avviene) riceve lauti compensi. Al riguardo si ricorda che la Carta Olimpica del CIO - nel definire lo sportivo “dilettante”- richiede, quale requisito necessario (insieme al fine meramente ludico-ricreativo dell'attività sportiva), l'assenza totale per l'atleta di un profitto o vantaggio materiale. E sul punto c'è da dire che la giurisprudenza comunitaria è ormai pacifica nel ritenere che – ai fini di stabilire se un'attività sportiva sia economicamente rilevante (quindi sostanzialmente equiparabile ad un'attività professionistica) e, pertanto, soggetta alle relative norme del diritto comunitario – è irrilevante la qualifica unilateralmente data dalla Federazione competente, dovendosi semmai valutare, in concreto, le caratteristiche e la natura dell'attività svolta dall'atleta⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ Cfr. Corte di giustizia: sentenza del 11 aprile 2000, *Christelle Delière c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo*, causa 51/96; sentenza del 11 aprile 2000, *Christelle Delière c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, François Pacquée*, causa 191/97. Con tali decisioni, la Corte ha qualificato come “sostanzialmente

Non può infine disconoscersi la palese contraddittorietà della citata ordinanza del Tribunale di Pescara, allorquando – pur escludendo che il diritto allo sport costituisca un diritto inviolabile – riconosce come fondamentale «...il diritto di spostarsi all'interno del territorio nazionale per esercitare la pratica sportiva». Tale diritto infatti presuppone, per il suo stesso esercizio, il diritto allo sport⁶⁴¹. Più precisamente, è illogico riconoscere ad un soggetto il diritto (fondamentale) di muoversi, all'interno del territorio italiano, al fine di svolgere attività sportiva, se questi non è altresì titolare del diritto di praticarla. Pertanto – se si ammette (come fa lo stesso Tribunale di Pescara) che il diritto a spostarsi nell'ambito del territorio per svolgere attività sportiva è un diritto fondamentale – ne consegue, *a fortiori*, che anche il diritto allo sport rappresenta un diritto inviolabile dell'uomo (e come tale va riconosciuto anche allo straniero).

4.3 NOTAZIONI FINALI

Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, appare ragionevole ritenere che l'atleta extracomunitario (e, *a fortiori*, comunitario) sia titolare di un diritto fondamentale a svolgere attività sportiva in Italia

professionisti” (e quindi soggetti alle norme comunitarie relative alle attività economicamente rilevanti) alcuni atleti che militavano in discipline sportive definite, dalla federazione di appartenenza, come “non professionistiche”. Gli indici principali che hanno condotto il giudice comunitario a concludere in tal senso sono stati: la presenza di una retribuzione effettiva dell'atleta, ed il carattere sostanzialmente economico dell'attività sportiva (produttrice di vantaggi economici ulteriori non solo per gli atleti, ma anche per gli organizzatori).

⁶⁴¹ Sul punto cfr., anche, E. CALO', *Sport e diritti fondamentali*, in *Corriere giuridico*, cit., 228(secondo cui Il Tribunale di Pescara - negando che il diritto allo sport sia un diritto fondamentale e riconoscendo come tale il diritto di spostarsi all'interno del territorio nazionale per esercitare la pratica sportiva - «...inverte il rapporto fra libertà fondamentale e facoltà ancillare...»).

in condizione di parità con i cittadini italiani. Pertanto, eventuali limitazioni al tesseramento o all'utilizzo di giocatori stranieri basate sulla nazionalità, che siano imposte "autonomamente" (cioè senza il supporto di una normativa statale ed indipendentemente dai criteri indicati dal CONI) dalla Federazione, vanno ritenute lesive del principio di non discriminazione e, dunque, censurabili ex artt. 43 e 44 d.lgs. n.286/1998.

Del resto, soltanto la legislazione statale⁶⁴² può imporre restrizioni nei confronti di soggetti extracomunitari, in attuazione di un *principio di programmazione dell'accesso degli stranieri* funzionale alla tutela di altre esigenze costituzionalmente rilevanti (quali l'ordine pubblico, la sicurezza interna, l'interesse nazionale anche in ambito sportivo) che possono giustificare, in determinati casi, la parziale compressione del

⁶⁴² In accordo al principio fondamentale per cui l'ordinamento sportivo, costituendo un ordinamento "particolare", non può presentare regole contrastanti con quelle stabilite dall'ordinamento generale (nella specie, statale). Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, cit. 25e ss.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc.dir.*, XXIV, Milano, 1985, 57e ss.. Al riguardo, va altresì ricordato come la giurisprudenza civile ed amministrativa abbia precisato che l'autonomia dell'ordinamento sportivo impedisce l'ingerenza dello Stato solo con riferimento a quegli atti delle Federazioni ritenuti irrilevanti per l'ordinamento generale: gli atti di natura tecnica, regolamentari ed organizzativi. In tal senso, cfr.: Corte di Cassazione, Sez. Unite, sentenza del 26 ottobre 1989, n.4339; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, ordinanza 29 settembre 1993, n.929; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, sentenza del 8 novembre 2007, n.1048. (in cui si afferma che «...lo Stato ha dichiarato apertamente il proprio disinteresse per ogni questione concernente "l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative.. dell'ordinamento sportivo" ...Il corollario è che nessuna violazione di tali norme sportive potrà considerarsi di alcun rilievo per l'ordinamento giuridico dello Stato.»). In altri termini, il principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo non può mai determinare l'impossibilità dello Stato d'intervenire, laddove ritenga la fattispecie rilevante per l'ordinamento generale. Ciò, si manifesta attraverso un sempre maggiore intervento, in materia sportiva, del legislatore statale e del giudice nazionale (alla cui giurisprudenza la giustizia sportiva sembra, per certi versi, cominciarsi ad allineare). Sul punto, cfr. *ex multis*: G. ALPA, *L'ordinamento sportivo*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 328e ss.; M. CLARICH, *La sentenza Bosnam: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, cit.; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento giuridico*, cit., 31 e ss.

diritto dello straniero di accedere ed operare in condizione di parità (anche nel settore sportivo) nel territorio italiano.

Infatti, così va letta la, ricordata, decisione del 4 maggio 2001 con cui la Corte Federale della FIGC ha scelto di mantenere in vigore (seppur provvisoriamente) l'art.40, co.7 NOIF (nella parte in cui imponeva un limite massimo, per squadra, di cinque calciatori extracomunitari tesserabili). Tale norma difatti – sebbene (verosimilmente) in contrasto con il principio di non discriminazione – troverebbe *ancoraggio* in un altro principio fondamentale: il principio di programmazione dell'ingresso degli extracomunitari⁶⁴³. Principio, quest'ultimo, che ha un fondamento normativo nell'art. 3 d.lgs. n. 286/1998 (per lo straniero in generale) e, con riferimento agli sportivi extracomunitari, nel combinato disposto degli artt. 27, co.1 lett.p) d.lgs. n.286/1998 , 3 e 40 del regolamento di attuazione d.p.r. n. 394/99⁶⁴⁴. In particolare, le norme appena indicate - pur prevedendo, per gli atleti extracomunitari, una procedura di accesso più “agevole”⁶⁴⁵ – non introducono (come precisato dalla Corte Federale) «...un regime d'integrale liberalizzazione degli ingressi per le categorie particolari [ex art. 27, co.1 lett.p) d.lgs. n.286/1998] prese in considerazione [tra cui anche gli sportivi stranieri]»; circostanza,

⁶⁴³ Sul punto, cfr. G. NAPOLITANO, *La condizione giuridica degli stranieri extracomunitari nell'ordinamento sportivo: divieto di discriminazione e funzione di programmazione del CONI*, cit., 537e ss.

⁶⁴⁴ Per il contenuto dei citati articoli v. nota 107.

⁶⁴⁵ La procedura di accesso è resa “più agevole”, in quanto l'art. 27, co.1 lett.p) d.lgs. n.286/1998 indica - tra i “casi particolari” d'ingresso di lavoratori extracomunitari (non riconducibili alla quota fissata dall'art.3 d.lgs.n. 286/1998) - gli «...stranieri che siano destinati a svolgere qualsiasi tipo di attività sportiva professionistica presso società sportive italiane ai sensi della legge 23 marzo 1981, n. 91»; al contempo, l'art. 3 d.p.r. n. 394/99 prevede, per tali lavoratori stranieri, che «...l'autorizzazione al lavoro è rilasciata *al di fuori* delle quote stabilite con il decreto di cui all'art.3.4° comma d.lgs. 286/1998...».

quest'ultima, che risulta avvalorata dal fatto che «...il rilascio del visto d'ingresso è subordinato all'esistenza dell'autorizzazione al lavoro»⁶⁴⁶. Autorizzazione al lavoro che, in ambito sportivo, è sostituita, ai sensi dell'art. 40 d.p.r. n. 394/99, da un atto equipollente: la dichiarazione di assenso del CONI (per il rilascio della quale, quest'ultimo deve compiere tutte le valutazioni necessarie tenendo altresì conto dei propri fini istituzionali e della propria funzione di potenziamento dello sport nazionale). Conseguentemente, il CONI, attraverso il potere di rilasciare (o meno) la dichiarazione di assenso, acquista implicitamente anche il potere di fissare i criteri ed i limiti per l'ingresso in Italia degli atleti extracomunitari.

In sostanza (come è stato chiarito dalla Corte Federale⁶⁴⁷), oggi, spetta unicamente al CONI (quindi, non alle Federazioni) – pur sempre in attuazione di una normativa statale e del principio, da essa sancito, di programmazione dell'ingresso degli stranieri – il compito di stabilire i criteri di accesso degli sportivi extracomunitari e di fissare, eventualmente, i limiti al loro tesseramento. Ciò, al fine primario di perseguire (pur nel contemperamento delle esigenze dello straniero e della società sportiva) i propri obiettivi istituzionali, tra cui

⁶⁴⁶ Cfr. Corte Federale della Federazione Italiana Giuoco Calcio, decisione del 4 maggio 2001 (pres. Manzella, ric. Salas ed altri)

⁶⁴⁷ Cfr. Corte Federale della F I G C, decisione del 4 maggio 2001, cit. (laddove si afferma che «...alla stessa finalità di programmazione in senso generale obbedisce la dichiarazione di assenso del CONI, che sostituisce l'autorizzazione al lavoro per gli sportivi stranieri, attraverso cui il CONI compie tutte le valutazioni necessarie, anche con riferimento alle proprie finalità istituzionali, volte all'organizzazione ed al potenziamento dello sport nazionale....Si deve anzi osservare che nel potere del CONI di fornire il proprio consenso all'ingresso in Italia di sportivi stranieri deve ritenersi insito il potere di determinare i criteri volti a realizzare l'ingresso in Italia dello sportivo straniero in un quadro che garantisca il perseguimento delle finalità istituzionali del CONI...tra cui quelle legate all'organizzazione ed al potenziamento dello sport nazionale...»).

(prioritariamente) il potenziamento dello sport nazionale e la tutela dei vivai giovanili nazionali.

Sulla base degli articolati rilievi, dunque, le norme limitative del tesseramento basate sulla nazionalità, disposte “autonomamente” dalle Federazioni, vanno certamente considerate illegittime. Tuttavia, tali norme (per evitare un vuoto “*di regolazione*” che potrebbe consentire, in violazione del principio di accesso programmato, un ingresso illimitato di atleti stranieri) mantengono, come precisato dalla Corte Federale⁶⁴⁸, efficacia provvisoria fino alla formulazione da parte del CONI dei necessari criteri in materia.

Le considerazioni esposte trovano, poi, un ulteriore riscontro normativo nel comma 5-bis dell’art.27 d.lgs. n. 286/1998⁶⁴⁹ che (quasi riproducendo l’orientamento accolto, nel 2001, dalla Corte Federale) prevede che sia il Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta del CONI, a determinare con decreto «...il limite massimo annuale d’ingresso degli sportivi stranieri che svolgono attività sportiva a titolo professionistico o comunque retribuita, da ripartire tra le federazioni sportive nazionali ». Fermo restando, precisa la norma, che la successiva ripartizione è poi effettuata dal CONI che, con delibera (comunque sottoposta ad approvazione del Ministro vigilante), stabilisce i criteri di assegnazione e di tesseramento per

⁶⁴⁸ Cfr. Corte Federale della F I G C, decisione del 4 maggio 2001, cit. (laddove si afferma che «... attualmente l’elaborazione di tali criteri risulta svolta sostanzialmente dalle singole Federazioni attraverso apposite disposizioni delle loro norme organizzative. La corte ritiene più conforme al sistema che sia direttamente il CONI...a dettare i criteri generali per l’assenso al lavoro dei calciatori extracomunitari. Poiché, peraltro,...il principio di programmazione appare insito nel sistema previsto dal testo unico sull’immigrazione, la corte ritiene che, *in via provvisoria*, le disposizioni che pongono limiti del tipo di quello sopra indicato possano mantenere efficacia fino al momento in cui il CONI...non avrà provveduto a formulare, sulla materia, i propri criteri ...»)

⁶⁴⁹ Comma inserito dalla l.30 luglio 2002, n.189.

ogni stagione agonistica, assicurando (come fine principale) «la tutela dei vivai giovanili».

In sintesi, dal quadro giurisprudenziale e normativo sopra delineato emerge oggi, con riferimento alla condizione dell'atleta straniero in Italia (ed al suo diritto di praticare sport in condizioni di parità), l'esistenza di una complessa disciplina, creata dall'interazione di norme statali e regole sportive, in ordine alla quale il CONI svolge una funzione di primaria importanza. Quest'ultimo infatti – avendo acquisito la funzione esclusiva di fissare (pur nel rispetto del limite massimo d'ingresso stabilito, per anno, dall'organo politico) i criteri ed i limiti di tesseramento degli atleti extracomunitari – ha definitivamente privato le Federazioni della possibilità d'imporre (autonomamente), nei confronti di sportivi stranieri, restrizioni basate sulla nazionalità e, al contempo, è divenuto il mezzo istituzionale attraverso cui l'ordinamento statale attua, in ambito sportivo, il principio di programmazione dell'ingresso degli extracomunitari.

5. *CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE*

L'assenza di un espresso riconoscimento normativo, a livello costituzionale e comunitario primario, di un *diritto fondamentale allo sport* parrebbe certamente confermare l'idea che tale diritto non abbia una sua autonoma rilevanza giuridica e non sia, a maggior ragione, qualificabile quale diritto inviolabile dell'uomo. In particolare, l'esigenza di praticare attività sportiva - in sé giuridicamente irrilevante (seppur di grande importanza sociale) – acquisterebbe,

indirettamente, dignità giuridica solo ove sia legata ad altri interessi rilevanti per il nostro ordinamento.

Tuttavia, se lo sport si considera come un'attività prodromica e necessaria all'esercizio di alcuni di diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti (diritto alla salute, libertà di associazione, diritto a non essere discriminati) – che, pur essendo diritti autonomi, sono ontologicamente connessi al fenomeno sportivo (nel senso che non è possibile pensare allo sport scindendolo da quest'ultimi) – è ragionevole ritenere che anche il diritto allo sport costituisca una situazione soggettiva giuridica fondamentale della persona.

In sintesi, parrebbe⁶⁵⁰ che l'interesse allo sport sia, per così dire, un interesse *polimorfo*. Quest'ultimo infatti risulterebbe giuridicamente irrilevante, laddove sia inteso come semplice esigenza dell'individuo di occupare il proprio tempo libero svolgendo un mero esercizio fisico.

Ma, ove lo sport sia inteso come manifestazione (e intersecazione) di altri diritti fondamentali che costituiscono, comunque, l'essenza stessa del fenomeno sportivo, sembra che ci siano i presupposti per ritenere che l'interesse a svolgere attività sportiva assurga a vero e proprio diritto fondamentale dell'uomo che trova (seppur indirettamente) riconoscimento costituzionale.

⁶⁵⁰ Si precisa che – stante l'assenza di espressi riferimenti normativi costituzionali o comunitari – si tratta, pur sempre, di un'ipotesi *ricostruttiva*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACKERMANN T., Commento alla sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02 *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Common Market Law Review*, 2005

AGNINO F., *Statuti sportivi discriminatori ed attività sportiva: quale futuro?*, in *Il Foro italiano*, 2002, fasc.3

ALBANESI A., *Tutela sanitaria delle attività sportive*, in *Riv. dir. sport.*, 1971

ALEXY R., *Teorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978, trad.it., *Teoria dell' argomentazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Milano.

ALPA G., *L'ordinamento sportivo*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II

ALPA G., *Salute (Diritto alla)*, in *Nss.D.I., Appendice*, VI, Torino, 1986

ALPA G., *Diritto alla salute e tutela del consumatore*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1975

ALSTON P., J. H. H. WEILER, *An "Ever Closer Union" in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999

ÁLVAREZ CONDE E., *Curso de Derecho constitutional*, vol I, Tecnos, 2005

AMATO G., *Governare l'economia globale*, in *Astrid-Rassegna*, 2009, n.91 del 27 aprile 2009

AMATO G., *Prefazione*, in ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007

AMODEO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee ed i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int .priv.proc.*, 2000

ANZON A., *I tribunali costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona*, in *Diritto e società*, n.1/2010

ANZON A., *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; in *Giur. cost.*, n.5/2003

ANZON A., *L'inefficacia giuridica delle norme programmatiche*, in www.costituzionalismo.it, 23 luglio 2006

ANZON A., *L'altra «faccia» del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979,I

ATTALI J., *Breve storia del futuro*, Roma, 2007

AZZARITI G., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo"*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2002

BAGEHOT W., *The English Constitution*, 1872, trad. it., *La Costituzione Inglese*, Bologna, 1995

BALGUER CALLEJÓN, GARCÌA ROCA, MEDINA GUERRERO, SAIZ ARNAIZ, *Conclusiones generales del Dictamen sobre la Propuesta de reforma del Estatuto de Catalunya*, in *Dictamen* del 24 ottobre del 2005 elaborato dal PSOE

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997

BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol.dir.*, 1991

BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Enciclopedico Italiano, Roma, 1989

BARBERA A., *Sub. Art.2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975

BARBERA A., *La Carta europea dei diritti:una fonte di ricognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001

BARBERA A., *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005

BARBERA A. - CALIFANO L., *Saggi e materiali di diritto regionale*, Rimini, 1997

BARBARITO MARANI TORO A., *Sanità e medicina sportiva*, in *N.ss. D.I.*, XVI,1969

BARILE P., *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958

BARONE A., nota alla sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 1995, n.509, in *Foro.it*, 1996,I

BARTOLE S., *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano, 1970

BASILE M., *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975

BASTIANON S., *La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario*, in *Rivista italiana di Dir. Pubbl.Com.*, 2009, fasc.2

BATTISTA J., in M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto*, Napoli, 2004

BENOIT-ROHMER F., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Le Dalloz*,2001

BESSELINK L. F. M., *Entrapped by the Maximum Standard : On Fundamental Rights, Pluralism, and Subsidiarity in the European Union* , in *Common Market Law Review*,1998

BESSONE M. - FERRANDO G., *Persona fisica. a)Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983

BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949

BIFULCO R., *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004

BILANCIA P., *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005

BILANCIA P., *Ancora sulle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali*, in www.statutiregionali.it, 2002

BIN R., *All'ombra della "La Pergola". L'impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1991

BIN R. – CARETTI P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2008

BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, 2006

BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001

BIONDI A., *La supremazia dell'ordinamento comunitario e i martiri del*

sistema metrico , in *Quaderni costituzionali*,2003

BÖCKENFÖRD E.W., *Dove sta andando l'Europa?*, in *Diritto e secolarizzazione*, Roma – Bari, 2007

BOGNETTI G. , *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994

BOTTARI C., *Attività motorie e sportive: profili di carattere costituzionale*, in *Ragiusan*, 2006, fasc. 263-264

BUJOSA VADELL L. M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, in *Tecnos*,1997

BUSNELLI F. D. – BRECCIA U., *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978

CAAMAÑO, *Si, pueden*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.78, 2006

CALO' E., *Sport e diritti fondamentali*, in *Corriere giuridico*, n.2/2002

CALO' E., *Giurisdizione sportiva:l'equiparazione tra cittadini stranieri approda anche nel mondo del calcio*, in *Corriere giuridico*, n.6/2001

CAMERLENGO Q., *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n.303 del 2003*

della Corte costituzionale; in *Forum on line dei Quaderni costituzionali* (sezione “Giurisprudenza”)

CARAVITA B., *Art.32*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN - S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova,1990

CARAVITA B., *Diritto pubblico dell’ambiente*, Bologna, 1990

CARAVITA B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984

CARETTI P, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario:due modelli a confronto* , in *Dir. pubbl.*, 2001

CARILLO M., *La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomia:expresión de autogobierno y limite a los poderes públicos*,in V FERRERES COMELLA e ALTRI, *Derechos, debers y principios en el nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006

CARILLO SALCEDO J. A., *La protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa:hacia una superación de la dualidad entre los derechos civiles y politicos y derechos economicos y sociales*, in *Revista de Instituciones Europeas*,1991

CARLASSARE L., *L’art.32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di*

unificazione, L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria,
Vicenza, 1967

CARNEVALE P., *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. Cost.*, 2002

CARTABIA M., A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002

CARTABIA M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.3/2010

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995

CARTABIA M., *Multilevel protection of fundamental rights in Europe: standards and judicial dialogue*, in *Atti del convegno, The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2001

CARTABIA M., *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2003

CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1997

CASAVOLA F. P., *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1995

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Laterza, 2005

CASSESE A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1999

CASSESE S., *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del «parastato»*, in *Riv.dir. sport.*, 1979

CATALÀ I BAS A. H., *La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional*", in *Dereito: Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 11, n.1, 2002

CATALÀ I BAS A. H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal constitucional*, in *Ediciones Revista General de Derecho*, 2001

CATALÀ I BAS A. H., *Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. Tribunal de justicia de la Comunidad Europea. ¿Quién liderará en el futuro la creación de un derecho europeo de los derechos fundamentales?* in PENSABENE LIONTI S. (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell'integrazione comunitaria*, Torino, 2008

CATALÀ I BAS A. H., *La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía*, in *Revista Española de la Función Consultiva*, n.4/2005

CATALDI G., *Article 15*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G.(a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n.5/2006

CESARINI SFORZA W., *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Il Foro italiano.*, 1933

CHABOD F., *L'“Idea d'Europa”* , Bari, 1964

CHELI E., *Principio generale di uguaglianza e gradazione degli interessi nell' ambito familiare*, in *Giur. cost.*, 1966

CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002

CHITI M.P., *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002

CHITI M P , *L'architettura del giudiziario europeo dopo il Trattato di Nizza: la lenta evoluzione dall'ecllettismo al razionalismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2001

CHITI M.P., *La meta della integrazione europea: Stato, unione internazionale o “mostro simile”?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1996

CHUECA RICARDO A. G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, 2ª edizione, 1999

CICALA G., *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1967

CINTOLI F., *Le forme dell' intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in *Forum on line dei Quaderni costituzionali* (sezione "Giurisprudenza")

CLAPHAM A., *Human Rights and European Community: A Critical Overview*, in *Baden-Baden*, 1991

CLARICH M., *La sentenza Bosnam: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.* , 1996

COCCIA M., *Fenomenologia della controversia sportiva e dei suoi metodi di risoluzione*, in *Riv. dir. spor.*, 1997

COCCIA M. - DE SILVESTRI A. -FORLENZA O. – FUMAGALLI L. – MUSUMARRA L. – SELLI L., *Diritto dello sport*, Firenze, 2004

COHEN G.-JONATHAN, , *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Econòmica*, Paris, 1989

CONSTANTINESCO V., *L'Émergence d'un droit constitutionnel européen*, in *Revue Universelle des Droits de l' Homme*, n.11-12, 1995

COPPEL J.- O'NEIL A., *The European Court of Justice :Taking rights seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992

CRISAFULLI V. - PALADIN L. - BARTOLE S. - BIN R., *Art.32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984

CRISAFULLI V., *In tema di libertà di associazione*, in *Giur.cost.*, 1962

CRISAFULLI V., *Associazione (diritto civile)*, in *N. D. I*, I, Torino, 1937

D'ADDINO SERRAVALLE P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1984

DAHRENDORF R., *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Bari, Laterza, 2003

D'ATENA A., *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in, *Diritto e Società*, 2009

D'ATENA A., *La nuova disciplina dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002

D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002

D'AURIA G., *L'immigrazione e l'emigrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, I, Milano, 2000

DE OTTO I., *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n.10/1984

DE SENA P., *Diritti dell'uomo*, in CASSESE S (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol.III, Giuffrè, 2006

De SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003

De SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, I, 2001

De SIERVO U., *L'ambigua formulazione della Carta dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2001

De SIERVO U., *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 1987

De VERGOTTINI V. G., *Lo stato federale: precedenti, sviluppi, e tendenze*, in A. BARBERA-L. CALIFANO, *Saggi e materiali di diritto regionale*, Rimini, 1997

De WITTE B., *Sovereignty and European Integration : The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht Journal*, n.2/1995

DIEZ PICAZO L. M., *¿Pueden los Estatutos de Autonomia declarar derechos, deberes y principios?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.78/ 2006

DI GIOVINE A., *Art.2: Diritti inviolabili e doveri inderogabili*, in AA.VV., «*Stato della Costituzione*», Milano, 1998

DI NELLA L., *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999

DRAN M., *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, in *L.G.D.J.*, Paris, 1968

DÜRIG G., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1956

EILMANSBERGER T., *The Relationship between Rights and Remedies in EC Law: In search of a missing link*, in *Common Market Law Review*, 2004

ESPOSITO C., *Autonomie e decentramento amministrativo nell'art.5 della Costituzione*, in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954

ESPOSITO C., *Commento all' art.1 della Costituzione*, in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954

ESPOSITO C., *Lo stato fascista e le associazioni*, I, Padova, 1934

ESPOSITO C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951

FELDMAN D., *Human Dignity as a Legal Value, Part I*, in *Public Law*, 1999

FERNANDEZ ESTEBAN M. L., *La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di Costituzione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1996

FERRARA L., *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Diritto Pubblico*, 2007, fasc.1

FERRARESE M. R., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010

FERRARESE M. R., *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000

FERRARI E., *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta «indispensabile»?*, in *Le Regioni*, 1989

FLAUSS J. F., *Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution et de l'ordre européen*, in *Les Petites Affiches*, n.52/1993

FRACCHIA F., *Sport*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999

FREIXES SANJUAN V. T., *Estudio preliminar: De la justicia constitucional al sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales*, in D. ROUSSEAU, *La Justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002

FREIXES SANJUAN V. T., *Libertades informativas y integración europea*, in *Colex*, 1996

GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode*, Tubinga, 1960, trad. it. (a cura di) G. VATTIMO, *Verità e Metodo*, Milano, 1983

GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2005

GALGANO F., *Delle persone giuridiche*, in SCIALOJA-BRANCA *Commentario del codice civile*, Bologna, 1969

GALLEGO ANABITARTE A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, in *Civitas*, 1994

GARCÍA ALVAREZ M. e GARCÍA LÓPEZ R., *Los derechos en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, in *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, *Rivista Jurídica de Castilla y León*, 2003

GARCIA HERRERA M. A., *Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.2, Madrid, 1979

GARRIDO MAYOL V., *Las disfunciones del recurso de amparo constitucional: el problema de las sentencias platónicas*, in *Revista Europea*

de Derechos Fundamentales, n.2, 2 settembre 2003

GARRIDO MAYOL V., *Reconocimiento y garantia de los derechos fundamentales en los ambitos europeo, estatal y regional*, in PENSABENE LIONTI S. (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell' integrazione comunitaria*, Torino, 2008

.

GIANNINI M.S., « *Ambiente*»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973

GIANNINI M.S., *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949

GIANNINI M.S., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996

GIANZI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ei delitti di relazione adulterina e di concubinato*, in *Giur. Cost.*, 1969

GIAMPIETRO F., *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980

GRIMM D., *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003

GRIMM D., *Does Europe Need a Constitution?*, in *European Law Journal*, 1995

GROSSI P., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, CEDAM, Padova, 2005

GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972

GROSSI P., *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974

GROSSO E., , *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di) *Diritti e Costituzione nell' Unione europea*, Roma-Bari, 2003

GROSSO E., *Straniero (status costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XV, Torino, 1999

GUARINO G., *Eurosistema*, Milano, 2006

GUARINO G., *Lo sport quale « formazione sociale » di carattere sovranazionale*, in *Scritti in memoria di A. Piras* , Milano, 1996

HABERMAS J., *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003

HABERMAS J., *Remarks on Dieter Grimm's Does Europe Need a Constitution?*, in *European Law Journal*, 1995

HABERMAS J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt, 1992; trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996

HÄBERLE P., *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999

HÄBERLE P., *Derecho Constitucional Comùn Europeo*, in *Revista de Estudios Politicos*, n.79/1993

HYLAND J L, *Democratic Theory. The Philosophical Foundations*, Manchester University Press, 1995

IMBERT P.H., *Pour un système européen de protection des droits de l'homme*, in *Mélanges en hommage à Luis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998

IMMORDINO M., *L'attribuzione alla cognizione dell' Alta Corte di Giustizia sportiva dei diritti indisponibili: verso una rivitalizzazione dell'ordinamento sportivo?* In *Nuove Autonomie*, n.2/2010

JELLINEK G., *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di BONGIOVANNI G., Bari, Laterza, 2002

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952

LAVAGNA C., *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, in *Giur.it.*, 1971

LUCIANI M., *Salute (Diritto alla)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Enciclopedico Italiano, Roma

LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980

LOMBARDI G., *Fondamento dei diritti e forme sopranazionali di tutela*, in *Ripensare lo Stato*, a cura di S. LABRIOLA, Milano, Giuffrè, 2003

LOTITO P. F., *Integrazione comunitaria e regole costituzionali: gli esempi di Italia, Francia e Germania*, in *Quaderni costituzionali*, 1993

MANZELLA A., *Per una “costituzione sportiva” multilivello*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, fasc.2

MARANI TORO I. –MARANI TORO A., *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977

MARANI TORO A., *Sport*, in *Nss.D.I.*, XVIII, Torino, 1971

MARANI TORO A., *Lineamenti del sistema dei giuochi sportivi e degli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1969

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L., *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista de Administración pública*, vol.137/1995

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L., *Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de*

Derechos Humanos II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol.10/1995

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L., *La Europa de los derechos humanos*, in *Centro de estudios políticos y constitucionales*, Madrid, 1998

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L., *Derechos humanos y Estatutos de Autonomia*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.3/2006

MARTÍNEZ SOSPEDRA M., *Derecho Autonómico Valenciano*, in *Generalitat Valenciana*, Valencia, 1985

MASSERA A., *Lo sport e il principio della parità delle armi, tra politiche antidoping e diritto della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.* , 2007, fasc.1

MATHIEU S., *L'adhésion de la Communauté a la Convention Européenne des Droits de l'Homme: un problème de compétence ou un problème de soumission?*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1998

MAZZIOTTI DI CELSO M., *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Dir. e soc.*, 1996

MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc.dir.*, XII, Milano, 1964

MEMMO D., *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero: prime riflessioni sui diritti civili della persona tra normative speciali e l.6 marzo 1998 n.40*, in *Contratto e impresa*, 1998

MERON T., *On Hierarchy of International Human Rights*, in *American Journal of International Law*, 1986

MEZZANOTTE C., *La riunione nella dinamica del fenomeno associativo e come valore costituzionale autonomo*, in *Giur. cost.*, 1970

MEZZETTI L., *Diritti fondamentali e amministrazione dell'energia*, Rimini, 1990

MIELE G., *Associazione (diritto di)*, in *Nss. D.I.*, I, Torino, 1958

MODUGNO F., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000

MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, 1997

MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc.Giur.*, XXIV, 1991

MODUGNO F., *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc.dir.*, XXIV, Milano, 1985

MODUGNO F., *Il concetto di Costituzione*, in *Scritti in onore di C. MORTATI*, Milano, 1970

MODUGNO F., *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982

MORBIDELLI G., *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 1993

MORENILLA RODRÌGUEZ J. M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Poder Judicial* , n.15/1989

MORRONE A., *La Corte costituzionale riscrive il titolo V?*; in, *Forum on line dei Quaderni costituzionali* (sezione "Giurisprudenza").

MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940

MORTATI C., *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti Pugliatti*, Milano, 1978, II

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976

MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1973

MORTE GÓMEZ C., *El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea*, in E. ÁLVAREZ CONDE - V. GARRIDO MAYOL, *Commentarios a la Constitución Europea*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

NAPOLITANO G., *Sport*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), Milano, 2006

NAPOLITANO G., *La condizione giuridica degli stranieri extracomunitari nell'ordinamento sportivo: divieto di discriminazione e funzione di programmazione del CONI*, in *Il Foro italiano*, 2001, fasc.11

NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975

NINATTI S., *Le Donne e il servizio di leva in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001

NOTTHOFF M., *Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft. Herleitung,, Gewährleistungsintensität und Einschränkungsmöglichkeiten europäischer Grundrechte am Beispiel der Berufsfreiheit*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995

OETHEIMER M., *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et en Royaume-Uni*, Editions A.Pedone, 2001

ONIDA V., *Armonia fra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002

ORSI BATTAGLINI A., «*L'astratta e infeconda idea*», *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003

PACE A., *La dichiarazione di Laken*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 3/2002

PACE A, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001

PACE A, *Le videoregistrazioni "ambientali" tra gli artt.14e15 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2002

PACE A, *Metodi interpretativi tra positivizzazione e "sovrapposizione"*, in *Quaderni costituzionali*, 2001

PACE A, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990

PACE A., *Art.18*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1977

PACE A., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc.dir.*, XXIV, Milano, 1974

PACIOTTI E., *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA- P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTA', *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001

PALMIERE C. - POLITI M. –PIOMBO M. –CANALE M., *La dimensione medico giuridica del fenomeno doping*, in *Riv. it. med.leg.*, 2002

PANEBIANCO M., *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2002

PANUNZIO S.P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979

PARISI A.G., *Sport e diritti della persona*, Torino, 2009

PARRINELLO C., *Attività sportiva e sviluppo della persona*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1991, fasc.3

PASTOR RIDRUEJO J. A., *La interrelación de los sistemas de protección de los derechos Fundamentales*, in E. ALVAREZ CONDE – V. GARRIDO MAYOL, *Commentarios a la Constitución Europea*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

PEGORARO L. - DAMIANI P., *El derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales*, in *Revista juridica de Castilla-La Mancha*, 1999

PENSABENE LIONTI T., *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali:nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in *Nuove Autonomie*, n.2/2010

PÉREZ LUÑO A. E., *Los Derechos Fundamentales*,Tecnos, Madrid, 1986

PÉREZ TREMPES V. P., *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid,1994

PEREZ R., *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini* , Milano, 1988

PERLINGERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992

PERLINGERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999

PERNICE I. e MAYER F., *La costituzione integrata dell'Europa*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003

PETERS A., *The Position of International Law Within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, 1997

PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983

PINELLI C., *Forme di Stato e forme dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, Napoli, 2006

PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it*, parte V, 2001

PINELLI C., *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge-made System*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997

PINELLI C., *La Carta europea dei diritti e il processo di*

“costituzionalizzazione” del diritto europeo, in Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale : Italia e Spagna a confronto, A. PIZZORUSSO-A. ROMBOLI –A. RUGGERI- G. SAITTA – SILVESTRI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003

PINELLI C., *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, in PENSABENE LIONTI S. (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell’ integrazione comunitaria*, Torino, 2008.

PINELLI C., *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Jovene, Napoli, 2006

PINTORE A., *I diritti della democrazia*, Bari, Laterza, 2003

PITRUZZELLA G., *Forme di Stato e trasformazioni della politica*, Bari, 1996

PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978

POCAR F., *Trattato di Lisbona: strumenti insufficienti per garantire unità sulla scena internazionale*, in *Guida al diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, n.2/ 2008

PORTALE G., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma – Bari, 2004

PUCHALA D., *Institutionalism, intergovernmentalism and European integration: a review article*, in *Journal of Common Market Studies*, 1999

QUADRI G., *Libertà di associazione e corporazioni pubbliche a struttura associativa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963

QUARANTA A., *Rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1979

RAINER A., *El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa*, in J. CORCUERA ATIENZA (a cura di), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002

RANDAZZO B., *L'insegnante col velo alla Corte di Karlsruhe: tra il diritto all'identità personale e la neutralità religiosa dello Stato. La parola ai legislatori dei Lander*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2001

RENGELING H. W., *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, Monaco, 1993

RESCIGNO G.U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle Fonti*, in *Diritto Pubblico*, 2002

RESCIGNO P., *La tutela della personalità nella famiglia nella scuola nelle associazioni*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974

RESCIGNO P., *Le società intermedie*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966

RESCIGNO P., *Formazioni sociali e terzi*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988

RIDOLA P., *Diritti di libertà e mercato nella “costituzione europea”*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2000

RIDOLA P., *Associazione. (I) – Libertà di Associazione*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto. Enciclopedico Italiano, Roma

RIDOLA P., *Ancora in tema di libertà negativa di associazione*, in *Giur. cost.*, 1982

RODOTÁ S., *La Carta come atto giuridico e documento politico*, in A. MANZELLA- P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÁ', *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001

RODRÌGUEZ A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001

ROLLA G., *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1997

ROMBOLI R., *Articolo 5*, in SCIALOJA-BRANCA *Commentario del codice civile*, Bologna, 1988

ROSSI L. S., *Gli obblighi internazionali comunitari nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001

ROSSI L. S., *Costituzionalizzazione dell'UE e dei diritti fondamentali*, in

Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea (a cura di Rossi L. S.), Milano, 2002

RUGGERI A., *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent.170/1984, in tema di rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento interno:dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica ?, in Giur. cost.,1991*

RUGGERI A., *Presentazione del Convegno del Gruppo di Pisa "Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali:alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni", in Atti del Convegno del Gruppo di Pisa (curati da) S. STAIANO, Torino, 2006*

RUGGERI A., *La corte di giustizia ed il sindacato su norme costituzionali irragionevoli per incompatibilità con il diritto comunitario, in Diritto pubblico comparato ed europeo,2000*

RUGGERI A., *La Corte, la denormativizzazione degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale", in Le Regioni, 3/2005*

RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni),in Pol.dir., n. 3/1991*

RUGGERI A, SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale, Torino, 2004*

RUGGIERO R., *Il cammino incerto di un'Europa senz'anima, in Il sole 24 ore, 5 luglio 2007*

SÁNCHEZ FÉRRIZ R., Derechos y libertades públicas en los estatutos de autonomía. Especial referencia al de la Comunidad Valenciana, in *Revista valenciana d'Estudis Autònoms*, n.4/1986

SANDULLI A.M., *Il primo dodicennio (discorso pronunciato dal Presidente Sandulli, a Roma il 3 dicembre 1968, per la celebrazione del XII anniversario della prima udienza della Corte costituzionale)*, in www.cortecostituzionale.it

SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, tr. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984

SEN A., *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002

SPADARO A., *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero dalla continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*, Torino, 2000

SPADARO A., *Il problema del “fondamento” dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 1991

STEIN P., *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano, 1991

STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea, Parte Istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, Torino, 2009

STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2001

SUDRE F., *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 7 juillet 1989*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1990

TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. Dir. Internazionale*, vol. III, 2006

TIZZANO A. (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i trattati di Roma*, Torino, 2008

TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'UE*, in *Foro it.*, 1995

TORCHIA L., *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006

TORCHIA L., *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà*, in www.asdridonline.it;

TUR AUSINA R., *La introducción de un catálogo de derechos en el nuevo Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana*, in *Revista Valenciana d' Estudis Autonòmics*, Tomo I, n.47-48/2005

VIGORITA A., *Il doping degli atleti nel diritto ordinario ed in quello sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1971

VINCENZI AMATO D., *Art 32, secondo comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975

VIOLA F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000

VIOLA F-ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003

VITORINO A., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n.1/2001

VON BOGDANDY A., *L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003

VON BOGDANDY A., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione europea? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001

WACHSMANN P. , *Liberté d'expression et négationnisme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (numéro spécial: *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*), n. 46/ 2001

WALDRON J., *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993

WEILER J.H.H., *Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari – Roma, 2003

WEILER J. H. H., *Eurocracy and Distrust: Some questions concerning the role of the European Court of Justice , in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986

WEILER, J. H. H., *I diritti umani nello spazio giuridico europeo*, in B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. H. H. WEILER (a cura di), *L'Unione europea. Istituzioni ,ordinamento e politiche*, Bologna, il Mulino, 2001

ZAGREBELSKY G., *La virtù del dubbio*, Roma – Bari, 2007

ZAGREBELSKY G., *Corti europee e corti nazionali*, in www.luiss.it/europa/zagrebelisky.rtf

ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma - Bari, 2003

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992

ZAGREBELSKY G., *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002

ZANON N., *Premesse ad uno studio sui “principi supremi” d'organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in G. PITRUZZELLA - F. TERESI - G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2000

ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007

